Heft 48 [3025] 63. Jahrgang 1. Dezember 1934

Juristische Wochenschrift

Organ
der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und der Rechtsabteilung-Reichsleitung der NSDAP.: Amt für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Gleichmäßige Behandlung der Aktionäre

Von Vizepräsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts i. R. Dr. E. Ritter, Altona

„Das Aktienrecht (nur das Aktienrecht, nicht auch das übrige Körperschaftsrecht?) beherrscht der Grundsatz von der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre" — proklamiert das RG. 113, 156 = JW. 1928, 624 (und anderswo, vgl. RG. 38, 16; 41, 99; 52, 294; 62, 60; 68, 213 = JW. 1908, 307; 80, 81 = JW. 1912, 1108; 112, 14 = JW. 1926, 543; 118, 70 = JW. 1927, 2982; 119, 228 = JW. 1928, 630; 119, 252 = JW. 1928, 625; 120, 180 = JW. 1928, 1556 und 2617; 120, 371 = JW. 1928, 2852; 124, 186 = JW. 1929, 2151; JW. 1932, 733).

1. Man hat den „Grundsatz" aus Art. 109 Abs. 1 RVerf. (Triepel, GoldbBV. 1924, 26), aus dem „Wesen" oder der „Natur" der Körperschaft (Feine in Ehrenbergs Handb. 274; v. Thur, BR. § 36; Wohlwill, Schutz der Akt. 08), aus der Gesamtheit einschlägiger Vorschriften, insbes. der §§ 706, 722, 734, 742 BGB., §§ 121 Abs. 3, 185, 214 Abs. 1, 252, § 21 VAG. (Frank-Fahle, StimmrechtsA. 1923, 10; Horrwitz, GenVers. 1913, 48; Rieß in Ehrenbergs Handb. 117; Stern, Gleichm. Behandl. 1925, 24), aus § 35 BGB. (Enneccerus, BR. § 105; Fischer in Ehrenbergs Handb. 172, 338; Haasemann, Recht des einz. Akt. 1909, 15; Müller-Erzbach, HR. Kap. 34; Stern a. a. O. 24; Seiler, Gleichbeh. 1923; vgl. auch v. Gierke, DPR. § 68), aus § 138 BGB. (Bondi, Rechte der Aktionäre 1930, 129), aus § 185 HGB. (RG. 52, 293), aus dem Willen der Gründer (Cohn, AZP. 132, 152, der aber vom Grundsatz der Gleichbehandlung noch den Grundsatz der Gleichberechtigung unterschieden wissen will, der dazu dienen soll, die von der Satzung unzureichend abgegrenzten Mitgliedschaften genauer zu bestimmen), aus dem Bereich des „Überpositiven" (Bodenheimer, Gleichheitspr. 1933, 27) abzuleiten und damit seine rechtliche Tragweite zu bestimmen versucht. Die Lösung ist wohl nicht so schwierig, wie man sie sich unter oft nutzlosem Aufwand von Scharfsinn gemacht hat. Man muß dabei nur, wie auf dem Gebiet des Aktienrechts immer, berücksichtigen, daß das Gesetz das allgemeine Körperschaftsrecht im Vergleich mit anderen Rechtsgebieten auffallend stiefmütterlich behandelt und damit in verhängnisvollem Umfang auf Anleihen angewiesen hat (vgl. neuerdings Larenz: JW. 1933, 2695).

2. Der Schuldner ist nach § 242 BGB. so zu leisten verpflichtet, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Andererseits kann der Gläubiger verlangen, aber auch nur verlangen, daß der Schuldner in dieser Weise leiste (Komm. z. BGB. § 242). Die Gesellschaft ist kein Schuldner, der Aktionär kein Gläubiger. Und dem gesetzlichen Körperschaftsrecht fehlt eine dem § 242 BGB. entsprechende Vorschrift. Sind deshalb Treu und Glauben und Verkehrssitte im Mitgliedschaftsverhältnis ohne Bedeutung? Darf man sich im Mitgliedschaftsverhältnis gegen Treu und Glauben und Verkehrssitte behandeln? Dürfen die Organe der Gesellschaft, darf insbes. die Generalversammlung die Mitglieder gegen Treu und Glauben und Verkehrssitte behandeln? Gewiß nicht. § 242 BGB. gilt sinngemäß. Man braucht nicht erst mehr oder minder gewagte „aktienrechtliche Theorien vom Unternehmen an sich" aufzustellen, damit die Treue sich im Mitgliedschaftsverhältnis niederlasse. „Der Gesichtspunkt von Treu und Glauben, der im § 242 BGB. für bürgerlich-rechtliche Schuldverhältnisse ausdrücklich gesetzlich anerkannt worden ist, gilt unabhängig von solcher gesetzlichen Formulierung im gesamten Rechtsleben", hat das RG. einmal (RG. 113, 24 = JW. 1926, 1149) in einer guten Stunde gesagt (ähnlich RGRKomm. BGB. § 242 Anm. 1; Staudinger, BGB. § 242 Anm. IV; Recht 1904, 17; über „Treu und Glauben im Steuerrecht" vgl. neuerdings Kluckhohn: JW. 1934, 2378). Und da er sich überall sonst „durchaus bewährt hat, so wird man dies von ihm auch für das Aktienrecht erwarten dürfen" (Lisschütz, Generalkl. 1931, 53; Homburger, Neugestalt. 1931, 37). Insbesondere muß die Generalversammlung, soweit die Verwaltung ihr obliegt, diese Obliegenheit der Verwaltung so erfüllen, wie Treu und Glauben und Verkehrssitte es erfordern (Anklänge: RG. 107, 204 = JW. 1924, 1150: „der Gesellschafter leitet sein Recht aus dem Gesellschaftsvertrag her; seine Befugnisse sind ihm in seiner Eigenschaft als Gesellschafter verliehen; bei Ausübung dieser Rechte hat er sich daher grundsätzlich von den Interessen der Gesellschaft und nicht von seinen privaten außerhalb der Gesellschaft liegenden Sonderinteressen leiten zu lassen", RG. 132, 163 = JW. 1931, 2951: „aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Minderheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundene Vermögensrechte zu verfügen, ergibt sich ohne weiteres die gesellschaftliche Pflicht

der Mehrheit, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen", RG. 113, 196 = JW. 1926, 1813: „die Verwendung der Machtstellung ohne Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft und der anderen Aktionäre würde mit den Anschauungen eines redlichen, anständigen gesellschaftlichen Geschäftsverkehrs in Widerspruch stehen"). Es verstößt z. B. in der Regel gegen Treu und Glauben, wenn die Generalversammlung das Bezugsrecht für neue Vorzugsaktien ausschließt und den Vorstand verpflichtet, die neuen Aktien nur mit Genehmigung des der Mehrheit ergebenen Aufsichtsrats und nur an Personen zu begeben, „von welchen nach dem Ermessen der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nicht anzunehmen ist, daß von ihnen der Besitz der neuen Aktien benutzt wird, um den Fortbestand der Gesellschaft zu gefährden" — was RG. 68, 235 = JW. 1908, 462 im Hiberniastreit bedauerlicherweise verkannt hat: maßgebend sei „der im Gesetz zur Anerkennung gelangte Grundsatz, daß die Mehrheit des Aktienbesitzes über die Verwaltung der Gesellschaft und darüber entscheidet, was im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zu tun und zu lassen ist" (vgl. dazu Bondi: DJZ. 1908, 1006; Horrwitz: JW. 1930, 2638; Hueck, Festg. RGer. 4, 177; Nord, Rechte 1925, 19; Pinner, Beitr. 1918, 71; Sontag, AktG. 1918, 49). RG. 68, 314 = JW. 1908, 464 billigt (im Widerspruch zu beiden Vorinstanzen), daß „die Mehrheit nur willkürlich ohne allen und jeden gerechtfertigten Grund durch den Entlastungsbeschluß auf die ihr als wohlbegründet bekannten Regreßansprüche (gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder) verzichtet"! Schlimmer noch („am unerträglichsten": Düringer-Hachenburg, HGB. Einl. vor § 178 Anm. 79) LZ. 1914, 273 u. HoldhMS. 1914, 66: Von 5000 Aktien gehören 4491 dem A., nur 9 dem B. Die Generalversammlung beschließt Kapitalherabsetzung durch Umwandlung von 45 Aktien in 44 Aktien. Da B. nur 9 Aktien besitzt, werden diese versteigert und dabei von A. erworben. Das ist, liest man, „eine erlaubte Betätigung der eigenen wirtschaftlichen Interessen des Großaktionärs"! RG. 112, 14 = JW. 1926, 543 beschäftigt sich mit einem Generalversammlungsbeschluß, durch den das Kapital erhöht, das Bezugsrecht ausgeschlossen und Vorzugsaktien geschaffen werden sollen, „nur um der im Vorstand und Aufsichtsrat sich verkörpernden Mehrheit besondere Vorteile zu verschaffen und die Minderheit zu schädigen, ohne daß sachliche Ziele für die Gesellschaft verfolgt wurden und das Wohl der Gesellschaft maßgebend blieb". Das verstößt gewiß „gegen den allgemeinen Grundsatz des Aktienrechts, daß sämtliche Aktionäre Anspruch auf gleichmäßige Behandlung haben". Aber ebenso gewiß ist, daß man, um dem Beschluß den Hals zu brechen, nicht nötig hatte, einen „allgemeinen Grundsatz des Aktienrechts" zu erfinden. Die Gesellschaft konnte von ihren Aktionären erwarten und verlangen, daß diese bei der ihnen obliegenden Verwaltung nicht gegen Treu und Glauben und Verkehrssitte verstoßen würden, und „die bewußte Benachteiligung der Rechte der Minderheit, die Nichtberücksichtigung des Wohls der Gesellschaft" war gewiß mit Treu und Glauben unvereinbar und wird von RG. 112, 19 = JW. 1926, 543 sogar als „sittenwidrig beanstandet".

3. Man darf nämlich nicht glauben, daß der sog. Grundsatz von der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre die Aktionäre mit der Elle gemessen wissen will und deshalb etwas darstellt, was neben den „Geboten von Treu und Glauben" herlaufen könnte. Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft wird nach § 300 HGB. unter die Aktionäre verteilt. Obgleich „nach dem Verhältnis der Aktienbeträge" verteilt werden soll, können natürlich nicht immer alle Aktionäre genau dasselbe erhalten, können nicht immer alle Aktionäre „gleich" behandelt werden. Das verlangt das „Gleichheitsprinzip" aber auch trotz seiner verleitlichen Etikette gar nicht. „Die Frage, was eine gleichmäßige Verteilung (des Gesellschaftsvermögens) i. S. des Gesetzes (gemeint ist: i. S. des Gleichheitsprinzips) ist, darf nicht rein mechanisch nach dem Gesichtspunkt absolut gleicher Objekte, sondern sie muß auf Grund wirtschaftlicher Gesichtspunkte und im Hinblick auf die Verkehrssitte beantwortet werden" — sagt RG. 62, 61. Hätte man doch statt dessen einfach gesagt: „Die Frage, wie zu verteilen ist, ist selbstverständlich nach den Geboten von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beantworten (vgl. § 242 BGB.)"; man hätte der Rechtsanwendung Brot statt Steine gereicht. RG. 68, 213 = JW. 1908, 307 hätte sich des dunkeln Ausspruchs enthalten, „bei der Frage, wann die Gleichberechtigung verletzt sei, müsse von den rein zufälligen Verhältnissen der Gesellschaft und der Gesellschafter abgesehen werden; ein Beschluß sei nur dann unzulässig, wenn er schon seinem Inhalt nach, ohne Rücksicht auf besondere Umstände, die einzelnen ungleich treffe" (ähnlich RG. 119, 228 = JW. 1928, 630; 120, 180 = JW. 1928, 1556 und 2617). JW. 1932, 733 hätte nicht mißverständlich gesagt, die Gesellschaft müsse bei der Abtretung von „Einzahlungsansprüchen auf Aktien" gemäß dem Grundsatz der Gleichbehandlung „gegenüber allen Gesellschaftern in gleicher Weise verfahren". Man hätte nicht nötig gehabt, bei der Staatsrechtslehre eine Anleihe zu machen und danach zu formulieren, das „Gleichheitsprinzip" sei verletzt, „wenn ein Organ der AktG. eine unterschiedliche Behandlung der Aktionäre herbeiführe, die durch vernünftige, in der Natur der Sache begründete Erwägungen nicht gerechtfertigt, somit willkürlich sei" (Bodenheimer, Gleichheitspr. 11). Man hätte vielleicht sogar, umgekehrt, im Bereich der Staatsrechtswissenschaft Anlaß zu der Überlegung genommen, ob das, was man (was insbes. Triepel a. a. O.) dem Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz erschließen zu müssen glaubt, nicht vielmehr dem Gebot von Treu und Glauben oder wenigstens mit ihm als Schlüssel dem verfassungsmäßigen Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz zu erschließen ist. — Ein anderer Beispielsfall. Die Mehrheit kann Aktiengattungen mit ungleichen Rechten schaffen (§ 185 HGB.). Sie könnte also beschließen, daß ihre Aktien mehr Rechte haben sollen als die der Minderheit oder daß die Aktien der Minderheit weniger Rechte haben sollen als ihre. Aber solcher Gewaltakt würde natürlich gegen das Gebot von Treu und Glauben und ebensosehr gegen das darin enthaltene Gebot der „gleichmäßigen Behandlung" verstoßen. Der Beschluß verstößt aber, wiewohl er ungleiche Mitgliedschaften herbeiführen soll, gegen den „Grundsatz gleichmäßiger Behandlung" ebensowenig wie gegen das Gebot von Treu und Glauben, wenn die Mehrheit die Ungleichheit durch Zuzahlung oder sonstwie ausgleichen muß (Komm. z. HGB. §§ 185, 290). Der endlose Streit, der um Beschlüsse dieser Art geführt ist, wäre vermieden worden, wenn man sich zu dem Satz bekannt hätte: „Auch die Schaffung von Aktiengattungen darf selbstverständlich nur in Übereinstimmung mit dem Gebot von Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte beschlossen werden (vgl. § 242 BGB.)".

4. „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig" (§ 138 BGB.). Auch Generalversammlungsbeschlüsse sind, wie heute wohl allgemein anerkannt ist, „Rechtsgeschäfte". Auch sie können also aus § 138 BGB. nichtig sein. Der Beschluß z. B., der den Vorstand anweist, gesetzwidrig Devisen zu schieben, ist nach § 138 BGB. nichtig, mögen die meisten, mögen selbst alle Aktionäre beschlossen haben. RG. 107, 204 = JW. 1924, 1150 sagt, daß „eine Ausbeutung der Mehrheitsrechte gegenüber der Minderheit und die Verfolgung eigensüchtiger Interessen hierbei unter Hintansetzung des Wohles der Gesellschaft einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten könne" (gemeint ist: enthalte) und mithin nach § 138 BGB. nichtig sei (ebenso RG. 107, 74; 108, 43 = JW. 1924, 679; 108, 327 = JW. 1925, 614; 111, 29; 112, 16 = JW. 1926, 543; 113, 16, 193 = JW. 1926, 1813; 115, 383 = JW. 1927, 1348; 118, 72 = JW. 1927, 2982; 119, 252 = JW. 1928, 625; 132, 160 = JW. 1931, 2951; JW. 1916, 575). Das widerspricht der allgemeinen Ansicht, daß unlautere Motive allein das Geschäft (vom § 226 BGB. abgesehen) nicht unsittlich machen, wenn man von einem guten oder „wohlerworbenen" Recht (hier dem Stimmrecht) Gebrauch macht (vgl. z. B. RG. 58, 217; 98, 73; auch Eiser, Nichtigkeit u. Anfechtb. von GVB. 1930, 47; Hayum, Grenzen der Mehrheitsherrsch. 1927, 48; Nord, Rechte der

Akt. 1927). Es hat das RG. auch in eine Verlegenheit gebracht, aus der man sich nur mit Gewalt hat befreien können. Das gegen die guten Sitten verstoßende Geschäft ist nichtig. Für solche Nichtigkeit besteht aber in den Fällen, in denen die Mehrheit die Minderheit übersährt, kein rechtspolitisch zu rechtfertigender Grund. Findet die Minderheit sich in die ihr widerfahrene schlechte Behandlung, wer möchte sie dabei stören? Ficht sie den unwirksamen Beschluß nicht an, wer möchte den Beschluß gleichwohl für ewig null und nichtig halten? Deshalb zweigt RG. 115, 383 = JW. 1927, 1348 (ebenso RG. 91, 324 = JW. 1918, 175; JW. 1927, 1678, 2985; 1934, 1493) von den unsittlichen Beschlüssen dieser Art wenigstens einige ab, nämlich die Beschlüsse, bei denen „ein Verstoß gegen die guten Sitten nur in der Art des Zustandekommens des Beschlusses begründet ist". Diese sind nicht nichtig, sondern nur nach § 826 BGB. (!) anfechtbar. Der sittliche Zweck heiligt, bis zu einem Grade wenigstens, das unsittliche Mittel. Nichtig sind nur Beschlüsse, die „durch ihren Inhalt gegen die guten Sitten verstoßen". Das RG. hat damit wenig Gegenliebe gefunden (vgl. Hueck, Anfechtb. 1924, 117 u. Festg. RGer. 4, 183; Jacusiel, GBB. 1925, 76; Nord, Rechte 1925, 76: für Nichtigkeit aller Beschlüsse, Brodmann, HGB. § 271 Anm. 1; v. Gierke, HR. § 41; Gieseke: Gruch. 66, 22; Horrwitz: JW. 1929, 1743 u. ZBHR. 1926, 181; Wenck, Einber. 1914, 64: für bloße Anfechtbarkeit aller Beschlüsse, Bodenheimer a. a. O. 49: gegen die „Unsittlichkeit" minderheitsfeindlicher Beschlüsse und für ihre Behandlung nach dem Rezept des Gleichheitsprinzips). Die Unterscheidung des RG. ist ganz willkürlich und übrigens auch recht unzweckmäßig, weil man meist „ein hohes Maß von Spitzfindigkeit" aufwenden muß, um festzustellen, ob der Inhalt des Beschlusses oder nur die „Art seines Zustandekommens" gegen die guten Sitten verstößt. Und schließlich setzt sich das RG., indem es die inhaltlich unsittlichen Mehrheitsbeschlüsse für nichtig erklärt, noch einmal mit sich selbst in Widerspruch. Denn es verkündet (zwar auch wieder ziemlich aus freier Hand) an anderen Stellen (RG. 115, 383 = JW. 1927, 1348; 118, 72 = JW. 1927, 2982; 120, 31 = JW. 1928, 1552; 120, 366 = JW. 1928, 2852): „absolut und unheilbar nichtig" seien nur solche Beschlüsse, „die mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unverträglich sind, weil sie zwingende, in erster Linie im öffentlichen Interesse gegebene Vorschriften verletzen, auf deren Einhaltung die Parteien nicht verzichten können; in allen anderen Fällen dagegen, in welchen durch gesetzwidrige Beschlüsse nur einzelne Aktionäre geschädigt werden, die sich mit dem geschaffenen Zustand auch abfinden können, ist eine von selbst eintretende Nichtigkeit nicht anzunehmen". Man ist heute einig, daß die Niedertracht, mit der im Falle LZ. 1914, 273 (oben Nr. 2) der Großaktionär den Kleinaktionär an die Wand drückte, nicht zu übertreffen war — aber wenn der Kleinaktionär, aus welchem Grunde immer, „sich mit dem geschaffenen Zustand hätte abfinden können" und abgefunden hätte, mit welchem Recht hätte man den „inhaltlich unsittlichen" Beschluß für nichtig erklären mögen? Volenti non fit injuria. Man sieht von draußen die Dinge bisweilen besser als von drinnen. Wieland, Basel, HR. § 110 hat gut gesehen, wie das RG. zunächst an dem Wesen des Sittenverstoßes festgehalten, dann unter dem Druck der vom Liberalismus mählich sich abwendenden allgemeinen Meinung den Sittenverstoß hier in die Treuewidrigkeit abgewandelt und schließlich, um dabei nicht zu weit abzugleiten, zwischen dem Inhalt des Beschlusses und der Art seines Zustandekommens willkürlich unterschieden hat. Was es hier als Verstöße gegen die guten Sitten ansieht, sind in Wirklichkeit, wie Wieland richtig erkannt hat, „Verstöße gegen die Gebote von Treu und Glauben". „Die Konstruktion mittels des Verstoßes gegen die guten Sitten war nur ein Notbehelf" (Düringer-Hachenburg, HGB. Einl. vor § 178 Anm. 79), der Behelf in der durch unzureichende Erkenntnis des Rechtsvorganges entstandenen Not (Brodmann, HGB. § 271 Anm. 1 II), und ist eine „höchst unglückliche Konstruktion" (Nord, Grundl. 1930, 58). Wenn möglich noch unglücklicher ist übrigens das Spiel, das man hier mit dem § 826 BGB. treibt. Daß der Aktionär durch Ausübung seines Stimmrechts eine nach § 826 BGB. zu beurteilende unerlaubte Handlung begehen kann, versteht sich von selbst. Ebenso aber auch, daß durch solche Handlung nichts anderes entsteht als ein Schadensersatzverhältnis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten (Brodmann, HGB. § 271 Anm. 1; Wieland, HR. § 110).

5. Man kann ein Recht mißbrauchen, indem man durch seinen Gebrauch einen andern schikaniert (§ 226 BGB.). Man kann ein Recht mißbrauchen, indem man durch seinen Gebrauch eine Obliegenheit schlecht, nämlich gegen Treu und Glauben und Verkehrssitte, erfüllt (§ 242 BGB.). Man kann ein Recht mißbrauchen, indem man durch seinen Gebrauch gegen die guten Sitten verstößt (§§ 138, 826 BGB.). Aber man verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn man es nur gebraucht, mag man sich dabei denken, was man will (oben Nr. 4). Gedanken sind nicht nur zollfrei, sondern auch (im allgemeinen wenigstens) begreiflicherweise rechtsfrei. Der bloße „Mißbrauch der Mehrheit", die bloße „Vergewaltigung der Minderheit" sind niemals Verstöße gegen die guten Sitten, gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden", das nach der handlichen, wenngleich gerade neuerdings (z. B. von Baumbach, WettR. Kap. 7 u. MuW. 1930, 3; Goldschmidt, Festg. 24. DAT. 1929, 212) angegriffenen Formel des RG. den Maßstab bildet. Dieses Gefühl verlangt auch nicht die Nichtigkeit des Geschehenen, sondern nur, daß die „vergewaltigte" Minderheit sich des Angriffs erwehren kann. Und diese Möglichkeit der Abwehr gewährt § 242 BGB. oder, wenn man diese ausgezeichnete Vorschrift durchaus in weniger ausgezeichnete „Grundsätze", darunter den „Grundsatz von der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre" auflösen will, dieser Grundsatz. Die Verletzung dieses Grundsatzes hat ebensowenig wie die Verletzung des § 242 BGB. überhaupt die Nichtigkeit des Geschehenen zur Folge. Das wird neuerdings auch von einem eifrigen Verfechter des „Gleichheitsprinzips" angenommen (Bodenheimer a. a. O. 57). Er meint aber, ohne Grund, Ausnahmen machen zu müssen. Nichtig soll der Beschluß sein, wenn er „gleichzeitig Dritte, z. B. die Gläubiger der Gesellschaft, schädigt". Wenn die Gesellschaftsgläubiger (z. B. durch einen Schenkungsbeschluß) benachteiligt werden, mögen sie die „Rechtshandlungen" der Gesellschaft, die sie benachteiligen, anfechten. Sollen die Gläubiger dadurch geschädigt werden, daß die Vorschriften über Kapitalherabsetzung verletzt werden (Wieland, HR. § 99), so ist der Beschluß zwar nichtig, aber nicht, wenn und weil er die Gebote von Treu und Glauben oder das Gleichheitsprinzip, sondern weil er unmittelbar das Gesetz verletzt. Nichtig soll ferner der Beschluß sein, wenn die „Verletzung des Gleichheitsprinzips gleichzeitig einen Verstoß gegen absolut zwingende Normen des Aktienrechts enthält" — wenn der Grundstücksveräußerungsvertrag mangels gehöriger Beurkundung nichtig ist, ist es ohne Interesse, daß er, wäre er deswegen nicht nichtig, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein würde. Nichtig sollen schließlich „alle Willkürakte sein, durch die nicht nur die Interessen der gegenwärtigen Aktionäre betroffen werden". Gemeint sind offenbar Satzungsänderungen, die „Willkürakten" die Tür öffnen. Ja, hält man denn für möglich, daß die Satzung wirksam bestimmen kann: „Die Organe dieser Gesellschaft dürfen gegen Treu und Glauben und Verkehrssitte handeln"?

6. § 137 AGEntw. 1931 erklärt Generalversammlungsbeschlüsse für anfechtbar, wenn sie Gesetz oder Satzung verletzen, und „auch (!) dann, wenn der Aktionär mit der Stimmrechtsausübung, auf welcher der Beschluß beruht, gesellschaftsschädliche Sondervorteile für sich oder einen Dritten verfolgt und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen". Dabei war, wenigstens nach der Begründung des AGEntw. 1930, 106, der einzige Gedanke: „die Rechtstatsachen, auf Grund deren die Nichtigkeit geltend gemacht werden kann, in Anlehnung an die Rechtsprechung (an die Rechtsprechung über die angebliche Unsittlichkeit von Beschlüssen) möglichst einzuschränken"; denn es ist, hatte die ARKommission des 34. DJT. (Bericht 1928, 31) gesagt, „wirtschaftlich unerträglich, wenn man mit der Möglichkeit rechnen muß, daß Generalversammlungsbeschlüsse noch nach langen Jahren für nichtig erklärt werden". Und

dieser schmächtige Gedanke ist nicht einmal so zum Ausdruck gekommen, wie es unsere, vom Gesetzgeber freilich oft mißhandelte deutsche Sprache hätte erwarten dürfen. Denn wenn das RG. mit seiner Unsittlichkeit minderheitsfeindlicher Beschlüsse recht hätte, was würde es hindern, diese Beschlüsse trotz des § 137 sowohl für nichtig wie für anfechtbar zu halten? Hat es nicht etwa trotz des § 271 HGB. Beschlüsse nicht nur für anfechtbar, sondern auch für nichtig erklärt? — Nach Schmölder: JW. 1929, 2093 war der Gedanke ein etwas anderer. Man habe, sagt er, nach und nach erkannt, daß man den „Übergriffen bei der Stimmrechtsausübung" entgegentreten müsse. Man habe zunächst versucht, ein Gegenmittel in den Sonderrechten zu finden. Das Mittel habe aber versagt; es sei zu schwierig gewesen, „diese Sonderrechte begrifflich zu erfassen". So sei nur „übriggeblieben, die Übergriffe unter den allgemeinen Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.) zu subsumieren"! Der Entwurf führe „diese Rechtsentwicklung einen Schritt weiter". Der Richter solle eingreifen können, „ohne daß ein Verstoß gegen die guten Sitten festgestellt (!) zu werden brauche", „ohne (sagte schon der Bericht der AKommission des 34. DJT. 1928, 29) den Haftpflichtigen mit dem Stigma des Handelns gegen die guten Sitten belasten zu müssen". Es solle „ein klareres Prinzip aufgestellt werden, als es der unsichere und gegen die kaufmännische Ehre verstoßende Begriff der Verletzung der guten Sitten sei". Es soll also dabei bleiben, daß der Mißbrauch des Stimmrechts gegen die guten Sitten verstößt. Aber man soll es nicht sagen, man soll den Verstoß gegen die guten Sitten nicht „feststellen". Das wäre peinlich. Denn „der Begriff der Verletzung der guten Sitten verstößt gegen die kaufmännische Ehre", und diese erlaubt nicht, das Kind beim richtigen Namen zu nennen. So wenigstens muß man wohl Schmölder lesen; was läßt sich auch sonst darunter verstehen, daß „Begriffe gegen die Ehre verstoßen"! — Mehr über den Entwurf zu sagen lohnt nicht, da er (wenngleich aus den verschiedenartigsten Gründen) ziemlich allgemein abgelehnt wird (Brodmann: ZHR. 94, 65; DJnduHT. DWirtschZ. 1930, 770; Göppert: BA. 30, 25; Haußmann: BA. 30, 57, 86; Hueck, Recht der GWB. 1933, 32; Homburger, Neugestalt. 1931, 35; Lifschütz, Generalkl. 1931 u. JW. 1929, 610; Ludewig, Hauptprobl. 1929, 75; Nord, Grundlinien 1930, 40; Nußbaum, MagdW. 1928, 50; Pinner: JW. 1928, 2595; Wolff: ZBHR. 1930, 325). „Was die Verfasser anstreben, kann (wie Homburger a. a. O. 37 sagt und wir oben gesehen haben) schon nach geltendem Recht erreicht werden" und wird erreicht werden, wenn man die Bedeutung des § 242 BGB. für das Aktienrecht allgemein erkannt und anerkannt haben wird. Insbes. lohnt sich nicht, zu untersuchen, ob sich unter den Worten des Entwurfs wirklich der Satz verbirgt, daß „ein Handeln gegen Treu und Glauben unzulässig sein soll", wie Lifschütz: JW. 1929, 610 meint und nach dem Bericht der AKommission des 34. DJT. (28) schon von Gegnern des Entwurfs behauptet wurde, oder ob wirklich „das theoretisch (?) Bedeutsame an der Generalklausel ist, daß damit, auf dem Boden des Gegensatzes zwischen Individual- und Sozialsphäre, nunmehr die Treuepflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich bejaht wird", wie Goldschmidt, Festg. 24. DAT. 214, meint,

7. Nicht nur die Generalversammlung, auch Vorstand und Aufsichtsrat können „Mißbrauch" treiben, „vergewaltigen", gegen Treu und Glauben und Verkehrssitte verstoßen. Sie dürfen es natürlich gleichfalls nicht. Der Vorstand darf z. B. bei der Einforderung der auf die Aktien rückständigen Beträge nicht dem einen Aktionär zuliebe, dem andern zuleide mit ungleichem Maß messen (HA.; abw. RG. 85, 367 offenbar irrig: die Zahlungspflicht des Aktionärs „beruhe auf einem einheitlichen Schuldverhältnis zur Gesellschaft"!). Aber wenn er es nun doch tut? Dann soll eine Schutzvorschrift des § 823 Abs. 2 BGB. verletzt sein, die Gesellschaft nach § 31 BGB. den vom Vorstand angerichteten Schaden ersetzen müssen (Meyerowitz, Gleichm. Beh. 1932, 29; dagegen mit Recht Bodenheimer a. a. O. 62; Horrwitz: JW. 1932, 1637). Oder die Einforderung soll nach § 134 BGB. nichtig sein (Bodenheimer a. a. O. 62). Das Gleichheitsprinzip ein gesetzliches Verbot! Ein Verbot, dem also auch nicht mit Zustimmung des „vergewaltigten" Aktionärs zuwidergehandelt werden dürfte. Auch dieser Streit ist recht überflüssig. Der Aktionär hat den Einwand aus § 242 BGB. — nicht anders als der schuldrechtliche Schuldner, von dem der Gläubiger mehr oder anderes verlangt als das, was Treu und Glauben und Verkehrssitte erfordern.

8. Man spricht am liebsten von dem, wovon man am wenigsten hat. Von der Treue war seit Kriegsende auch im Aktienwesen nicht viel zu spüren. Es wäre deshalb seltsam, wenn man nicht um so mehr von ihr gesprochen hätte. Man hat es auch ausgiebig getan. Hachenburg hat sogar schon früher darüber geschrieben (LZ. 1907, 460). Damals bewegte die Gemüter die Frage, wieweit der Aktionär (oder Gesellschafter einer GmbH.) in eigener Sache mitstimmen dürfe (vgl. § 252 Abs. 3 HGB.). Wer als Geschäftsführer Wechsel gefälscht hat, darf doch nicht als Gesellschafter über seine Entlastung mitbefinden — meinte Hachenburg. Warum nicht? — erwiderte RG. 81, 39 = JW. 1913, 210, es handelt sich doch nur um eine „Mißlichkeit" und „derartiger Mißlichkeiten" gibt es ja so viele! „Unzulässig ist es, daß ein Gesellschafter sein Stimmrecht mißbraucht, um hierdurch ein Recht der Gesellschaft lahmzulegen und undurchführbar zu machen oder um sich auf Kosten der Gesellschaft Vorteile zu verschaffen. Hierzu ist ihm das Stimmrecht nicht gegeben. Dieser Gebrauch wäre gegen Treu und Glauben." So Hachenburg. Das RG. hatte damals die Unsittlichkeit der Generalversammlungsbeschlüsse noch nicht so entwickelt. Sonst würde es gesagt haben: „dieser Gebrauch wäre nicht nur gegen Treu und Glauben, sondern auch gegen die guten Sitten." Es war aber noch nicht so weit. Und Hachenburg hatte seine Ansicht leider in einer Weise begründet, die zum Widerspruch aufforderte und die er heute (in Düringer-H., HGB. Einl. vor § 178 Anm. 76 ff.; noch nicht in DJZ. 1928, 1375) weislich vermieden hat. Er meinte nämlich, „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Vertragsauslegung und -ergänzung (§ 157 BGB.) gälten" und „auch die aus dem Gesellschaftsvertrag erwachsenden Rechte seien so ‚auszulegen', wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern". Was kommen mußte, kam: „nicht die Auslegung des Stimmrechts (gemeint ist: nicht die Auslegung eines Vertrags), sondern seine Ausübung steht in Frage" — erwiderte RG. 81, 40 = JW. 1913, 210 (übrigens ohne zu bedenken, daß, wenn § 242 BGB. nicht wäre, doch aus § 157 BGB. sich ergeben würde, daß der Schuldner so leisten muß, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und ohne zu bedenken, daß das RG. auch die Satzung der AktG. nach § 157 BGB., also nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ausgelegt und insbes. ergänzt wissen will!): Hachenburg hatte sich selbst eingewandt, „daß auch hierbei verschiedene Beurteiler zu verschiedenen Ergebnissen gelangen können", sich aber dessen getröstet, daß dies „unvermeidbar sei, wie in allen Fällen, in denen das Rechtsempfinden (die Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte) den Ausschlag gebe". Gut, aber journalistisch unklug. „Unvermeidbar" das Echo: „Vor allem müßte ein so dehnbarer, auf das Ermessen und die Billigkeit abgestellter Satz, wie Hachenburg ihn verteidigt, in die Betätigung des gesellschaftlichen Lebens die größte Unsicherheit hineintragen. Dies um so mehr, als über die Tatsachen, die den Gebrauch als Mißbrauch erscheinen lassen sollen, überaus häufig Streit herrschen wird; gerade in der Frage der Stimmenthaltung sind klare und scharfe Grenzlinien für die Praxis unentbehrlich." Man sieht, das RG. hatte damals noch nicht die Behandlung der unsittlichen Generalversammlungsbeschlüsse hinter sich, die, zumal auch mit ihrer zeit- und heillosen Nichtigkeit „in die Betätigung des gesellschaftlichen Lebens die größte Unsicherheit hineingetragen haben", eine so große, daß alle Welt sie für untragbar erklärt, daß (nach Schmölder: oben Nr. 6) „ein klareres Prinzip aufgestellt werden muß, als es der unsichere Begriff der Verletzung der guten Sitten ist". Die Unsicherheit ist auch wirklich untragbar

(vgl. z. B. Hueck, Festg. RGer. 4, 169; Netter, Probleme 1929, 41). Zwar hat der Gesetzgeber „bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes unbedenklich darauf vertraut, daß die Vorschrift (des § 138 BGB.), obgleich sie dem richterlichen Ermessen einen Spielraum gewährt, wie ein solcher bisher unbekannt war, im ganzen und großen nur in dem Sinne angewendet wird, in dem sie gegeben ist" (Mot. z. BGB. 1, 211), und hierauf auch vertrauen dürfen. Aber was das RG. als Verstoß gegen die guten Sitten ausgegeben hat, war ja nur ein Verstoß gegen die Gebote von Treu und Glauben. Das RG .hat sich später noch einige Male mit dürren Worten die Richtigkeit der RG. 81, 39 = JW. 1913, 210 ausgesprochenen Ansicht bestätigt (RG. 119, 387 = JW. 1928, 1558; JW. 1915, 195; LZ. 1919, 703; zust. OLG. Frankfurt: OLGRspr. 22, 17). Auch Flechtheim und Pinner (JW. 1925, 565; 1928, 2959) haben es „die klaren und scharfen Grenzlinien für die Praxis" angetan. Hachenburg hat sich nicht beirren lassen. „Zwischen dem Aktionär und der AktG. besteht ein Treueverhältnis gesellschaftlicher Art. Freilich nicht in dem Sinne, daß hierdurch die Aktionäre einander oder auch gegenüber der AktG. zu einem positiven Tun verpflichtet sind. Es führt aber zur Einschränkung und Begrenzung der Aktionärrechte" (Düringer-H., HGB. Einl. vor § 178 Anm. 79). Ähnlich Wieland, HR. § 113 (auch DAnwB. Drucks. Nr. 20, 151, 153; Friedländer, AR. § 271 Anm. 3; Homburger, Neugest. 1931, 37; Horrwitz, GenVers. 25; Jacobi, BA. 10, 81; Klausing, ZBHR. 1926, 183; Goldschmidt, Festg. 24. DAT. 213; Netter, Probleme 41 u. JW. 1931, 3033 u. ZBHR. 1929, 169 u. Festg. Pinner 538; Wilmersdoerfer: LZ. 1931, 1425): Die Generalversammlung ist, wie Vorstand und Aufsichtsrat, ein Organ mit bestimmten lebensnotwendigen Aufgaben. Wie die Mitglieder der anderen Organe, so sind auch die Mitglieder der Generalversammlung, die Aktionäre, verpflichtet, die Aufgaben ihres Organs zu erfüllen. Zwar können sie nicht gezwungen werden mitzustimmen. Die Möglichkeit des Zwangs ist aber auch der Pflicht nicht begriffswesentlich. Und wenn die Aktionäre bei der Erfüllung der Aufgaben der Generalversammlung mitwirken, haben sie „den Geboten der guten Treue, d. h. eines anständigen und redlichen gesellschaftlichen Verkehrs zu entsprechen". Besonders lebhaft ist Lissch ütz, Generalkl. 1931, für die Treupflicht des Aktionärs eingetreten. Leider hat er dabei einen Weg beschritten, auf dem man nicht weiterkommen kann. „Wenn (wie RG. 107, 204 = JW. 1924, 1150 sagt: oben Nr. 2) der Aktionär sein Recht aus dem Gesellschaftsvertrag ableitet, dann kann das nur zu der Feststellung führen, daß das Vertragsverhältnis unter den Gesellschaftern ebenso vom Gebot von Treu und Glauben beherrscht sein muß, wie jedes andere Vertragsverhältnis auch" (11). „Wohl besteht eine Treuepflicht: aber unter den Gesellschaftern und nur unter diesen" (37). Nicht gegenüber der Gesellschaft. „Denn der Gesellschaftsvertrag, auf den mit Recht jene Treuepflicht zurückgeführt wird, ist ein Vertrag unter den Gesellschaftern, nicht ein solcher mit der Gesellschaft"! „Das Rechtsverhältnis zwischen den Aktionären ist ein Vertrag; auch die gesellschaftsrechtlichen Vertragsverhältnisse werden beherrscht vom Gebot von Treu und Glauben" (Lissch ütz: JW. 1928, 629; auch JW. 1929, 610)! Unmöglich. Wir sind im Körperschaftsrecht, nicht im schuldrechtlichen Gesellschaftsrecht. Die Aktionäre sind untereinander weder im obligatorischen noch im körperschaftsrechtlichen „Vertragsverhältnis". Die Treupflicht kann nur im Mitgliedschaftsverhältnis, nur im körperschaftsrechtlichen Verhältnis der Gesellschaft zum Aktionär bestehen. Lissch ütz ist offenbar von einem richtigen Gefühl auf die unrichtige Bahn gelenkt. Treue ist eine Charaktereigenschaft, eine besondere Art der Gesinnung. Sie gehört zum Bereich des Ethos, nicht zu dem des Rechts. Man kann diese Gesinnung auch nicht einer Sache entgegenbringen, noch weniger einem bloß eingebildeten Gebilde oder wie immer man sonst die juristische Person begreifen mag. Das ist es, was Lissch ütz, wie es scheint, empfunden hat. Aber wir haben es hier, im Bereich des § 242 BGB. wie auch in dem des § 157 BGB., mit dieser Treue gar nicht zu tun. Wir haben es hier so wenig mit dieser Treue zu tun, wie wir es im Gebiet der §§ 138, 826 BGB. mit der Sittlichkeit zu tun haben. Wir haben es gewissermaßen nur mit dem Abglanz der Treue, nur mit dem Spiegelbild der Sittlichkeit zu tun. Die Rechtsordnung hat gar nicht die Macht zu verlangen und verlangt auch gar nicht, daß wir treu, daß wir sittlich sein sollen. Sie hat die Macht zu verlangen und verlangt, daß wir uns treu, daß wir uns sittlich benehmen sollen (Ritter, Seev. § 13 Anm. 7). Man kann Treue und gute Sitten an den Tag legen und dabei doch arg untreu, arg unsittlich sein. Treu können wir uns auch einem Rechtsgebilde gegenüber benehmen, das die Rechtsordnung so gut wie möglich dem Menschen gleichstellt. Damit ist freilich noch nicht alles gesagt. Die juristische Person braucht nicht daran beteiligt zu sein, daß die Mehrheit die Minderheit „vergewaltigt". Vielleicht hat sie sogar den größten Vorteil davon. Vielleicht ist es ihr gegenüber der schlagendste Beweis der „Treue", wenn die Mehrheit mit der Minderheit aufräumt. Aber das ist eine Betrachtungsweise, die an der Oberfläche haftet. Ich bin meinem Vaterland nicht „treu", wenn ich einzelne Volksgenossen ohne Grund schlecht behandle. Ich kann mein Vaterland und meine Volksgenossen nicht voneinander scheiden. Ich kann insoweit auch die AktG. und ihre Aktionäre nicht voneinander scheiden. Das hat wieder Hachenburg richtig erfühlt, wenn er sagt, die Aktionäre hätten „sich als Mitglieder einer Gesamtheit zu benehmen" (Düringer-H., HGB., Einl. vor § 178 Anm. 78). Im praktischen Ergebnis weicht das ja von der Auffassung Lissch ütz' kaum ab. Die Unrichtigkeit seiner Konstruktion muß aber aufgedeckt werden, weil sie dem Gegner ohne Grund Waffen in die Hand drückt (z. B. Haußmann, BA. 30, 94). — Genug, die Treupflicht besteht. Sie besteht, mag man auch noch so laut rufen: „es gibt keine Treupflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft" (Horrwitz, BA. 32, 284; Staub, HGB. § 252 Anm. 23, 31b)! Die Treue ist auch im Mitgliedschaftsverhältnis kein leerer Wahn. Man kann sie nicht damit abtun, daß man den Teufel an die Wand malt: die Treupflicht gehe „nicht nur auf das Unterlassen von Nichtgesolltem, sondern auch auf das Tun von Gesolltem", sie werde die „Aktionärrechte lahmlegen, den Aktienverkehr, das Aktienwesen überhaupt", sie „müsse den Gesetzgeber dahin führen, die Mitverwaltungsrechte der Aktionäre in Mitverwaltungspflichten" umzuwandeln, die Aktionäre müßten auf Grund der Treupflicht, „wenn sie ihre Aktienrechte gebrauchten, dies positiv in einem den Gesellschaftszweck fördernden Sinne tun", das sei zwar ein „bestechender Gedanke", er führe aber „zwangsläufig zu einer Verantwortlichkeit des Aktionärs für seine Abstimmung", hiermit wäre die „Freiheit der Abstimmung" dahin, die Treupflicht sei also „ein wahres Damoklesschwert", sie eröffne „für Erpresseraktionäre und brutale Mehrheiten ein neues weites Feld", „unter keinen Umständen würde man dem Aktionär erlauben dürfen, die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm selber durch Ausübung seines Stimmrechts zu ermöglichen", „die Treupflicht würde oft eine über Menschenkraft hinausgehende, wirtschaftliche Selbstzurückhaltung vom Aktionär erfordern" (Horrwitz, BA. 32, 284; ähnlich schon die Gegner der „Generalklausel" im Bericht der ARKomm. des 34. DJT. 1928, 28) — kurz, das beste wäre, man würfe Treu und Glauben über Bord und erklärte das Gegenteil dessen für Rechtens, was § 242 BGB. bestimmt. Da scheint mir Haußmann, auch ein grundsätzlicher Gegner der Treupflicht des Aktionärs (Aktienwes. 1928, BA. 30, 57, 86; 31, 462, 486), das Richtigere getroffen zu haben. „Dasjenige, was materiell Lissch ütz vielleicht vorschwebt (heißt es BA. 30, 94), ist die Beachtung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre; mit diesem Prinzip wird man praktisch wahrscheinlich zu nicht wesentlich anderen Ergebnissen kommen, als mit der Konstruktion von Lissch ütz", also mit der Treupflicht. So ist es! Man sperrt die Vordertür vor der Treue zu und öffnet ihr sacht mit dem Schlüssel des „Gleichheitsprinzips" die Hintertür. Man setzt den Grundsatz der Gleichbehandlung in den Sattel und siehe da, der **Grundsatz der Treubehandlung** reitet. Ein Treppenwitz der Rechtsgeschichte.

Kaufmann, Kleingewerbetreibender, Handwerker nach Handelsregisterrecht

Zugleich ein Beitrag zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934

Von Amtsgerichtsrat Groschuff, Berlin

Die dem Weltkriege nachfolgende Verfallzeit des Liberalismus brachte Handwerkern und Kleingewerbetreibenden kein wirtschaftliches Verständnis entgegen. Es galt als Glaubenssatz, daß diese Erwerbszweige von den Großbetrieben, insbes. Fabriken und Warenhäusern, aufgesogen werden würden und infolgedessen aufgesogen werden müßten. Ihre Rettung suchten Handwerker und Kleingewerbetreibende durch Aufnahme ins Handelsregister. Eine laxe Rechtsauffassung begünstigte diese Entwicklung. So kam es, daß diese Gruppen — meist obendrein unter hochtönenden Firmierungen — die Register überfüllten, obwohl es im ursprünglichen Sinne des Gesetzes lag, nur solche Gewerbetreibende ins Register zu überführen, deren Geschäftsbetrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordern[1]). Dem wirtschaftlichen Niedergang hat sich das Dritte Reich entgegengestemmt. Es sucht durch Wort und Tat nicht nur die Kleingewerbetreibenden zu stützen, sondern vor allem dem Handwerk die ihm zukommende Stellung zu verschaffen[1a]). Infolgedessen entfällt der letzte Schein eines wirtschaftlichen Anspruchs auf Zugehörigkeit zum Handelsregister: dieses ist vielmehr, solange das HGB. nicht in seinen tragenden Grundlagen geändert wird, seinem ursprünglichen Zweck zurückzugeben. Das liegt auch im Zuge der Zeit. Dieser Zug tritt in der Registerrechtspraxis neuerdings besonders beim Handwerk in Erscheinung: stolz lehnen Angehörige handwerklicher Berufe (z. B. Fleischer) es ab, ihren Betrieb zum Handelsregister anzumelden — wiewohl nach geltendem Recht oft zu Unrecht. Auch im Kleingewerbe (z. B. Blumenhandel, Obsthandel) zeigen sich bereits die Anfänge einer solchen Entwicklung, und zwar hier vielfach mit gutem Grund: noch aber glauben gerade hier schwache Existenzen, die bereits eingetragen sind, durch Beibehaltung der Eintragung die Röte der Schwindsucht als Röte der Gesundheit vortäuschen zu können. Unbegreiflich bleibt der Standpunkt vereinzelter Gerichtsentscheidungen, daß der „allgemeine" Niedergang der Konjunktur die Kaufmannseigenschaft nicht beseitige: es gibt keinen derartigen allgemeinen Rechtsgrundsatz, sondern lediglich im einzelnen Fall die tatsächliche Feststellung, daß der zur Beurteilung vorliegende konkrete Betrieb noch nicht dauernd auf ein Kleingewerbe herabgesunken sei. Ein rechtliches Bedürfnis für die Belassung der Zwergbetriebe im Handelsregister besteht nicht; soweit ein sonstiges Bedürfnis zur Eintragung unter dem persönlichen Namen des Inhabers bestehen sollte, mag dies in einem — etwa bei der Gewerbepolizei zu führenden — Gewerberegister gesetzlich ermöglicht werden. Die Belassung im „Handelsregister" erweckt falsche Vorstellungen von Art und Umfang des Betriebes und gefährdet damit die öffentliche Verkehrssicherheit (§ 5 HGB.).

Angesichts der Rückkehr zu gesünderer Rechtsauffassung ist es zweckmäßig, sich wieder einmal Rechenschaft darüber abzulegen, welchen Inhalt die Begriffe „Kaufmann", „Kleingewerbetreibender" und „Handwerker" nach dem HGB. haben. Sieht man sich nach Hilfe um in den gangbaren Kommentaren, so begegnet man gänzlich verwirrenden, verklausulierten Darstellungen. Widerspruchsvoll oder allzu ausschließlich auf den Einzelfall abgestellt ist oft die Begründung in der Judikatur. Letztere ist zum großen Teil überdies veraltet, weil in den letzten Jahrzehnten — man denke an das Aufkommen von Fabriken und Großhandwerk — die Wirtschaftsformen und damit die Vorstellungen der Betriebsart sich gewandelt haben. Es soll daher versucht werden, aus der inneren Logik des Gesetzes Licht in die Gesetzestechnik hineinzutragen.

1. § 1 HGB. bezeichnet zunächst diejenigen Arten von Gewerbe, deren Betrieb ohne weiteres die Kaufmannseigenschaft verleiht. In den §§ 2 und 3 a. a. O. sind die Voraussetzungen aufgestellt, unter denen Personen, die andere Arten als die in § 1 genannten Gewerbe betreiben, Kaufmannseigenschaft erlangen[2]): diese Voraussetzungen sind — von der „Eintragung" abgesehen, die im Fall des § 2 obligatorisch und im Fall des § 3 fakultativ ist — das durch Art und Umfang des Gewerbes bedingte Erfordernis kaufmännischer Einrichtungen. Es ergibt sich also schon durch diesen Parallelismus, daß zunächst qualitative Gründe — die „Art" des Gewerbes — die Kaufmannseigenschaft bedingen: der Unterschied besteht nur darin, daß in § 1 vom Gesetz die qualitativen Gründe, die die Kaufmannseigenschaft bejahen, normiert sind, in den §§ 2, 3 aber erst von Fall zu Fall festgestellt werden müssen[3]). Daß auch quantitative Gründe die Kaufmannseigenschaft nicht nur in den Fällen der §§ 2, 3 („und Umfang"), sondern auch im Falle des § 1 HGB. bedingen, ist in § 4 HGB. noch besonders hervorgehoben: danach finden die kaufmännisch entscheidenden Vorschriften auf „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung". Daß § 4 sich nur auf § 1 beziehen kann, weil in §§ 2, 3 die quantitativen Gründe bereits berücksichtigt sind, ist allgemein anerkannt[4]).

§ 4 Abs. 1 HGB. lautet nun vollständig:

> „Die Vorschriften . . . finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung."

Es heißt also nicht lediglich „Personen, deren . . .", obwohl auch Handwerker Personen sind; es heißt auch nicht „Handwerker und andere Personen": nach unstreitiger Rechtsansicht, die durch die Entstehungsgeschichte bestätigt wird[5]), bezieht sich daher der Relativsatz („deren") nur auf „Personen" und nicht auch auf „Handwerker". Daraus folgt: „Handwerker" sind etwas ganz Andersartiges als „Personen", deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgeht": ihr Betrieb ist ihrer „Art" nach ein anderer als der der „Kleingewerbetreibenden". Da letztere qualitativ dieselben „Arten von Geschäften" betreiben wie die Kaufleute des § 1 HGB. und von ihnen sich durch den quantitativen Umfang des Betriebes unterscheiden, so ist die „Art" der Geschäfte der Handwerker auch eine andere als die der Kaufleute des § 1 HGB. Infolgedessen ist auch das „im großen" ausgeübte Handwerk ein „Handwerk"; es kommt mithin zur Begriffsbestimmung desselben nicht auf den „Umfang" an, m. a. W.: auch das Großhandwerk ist und bleibt Handwerk[6]). Welcher „Art" ist nun aber das „Handwerk"? Dies zu untersuchen ist der Dreh- und Angelpunkt unserer Ausführungen.

2. Zunächst liegt nicht der geringste Anlaß vor, den Begriff des „Handwerks" in § 4 HGB. anders als i. S. des Sprachgebrauchs zu fassen. Denn das Handelsgesetzbuch gibt eine von diesem abweichende Begriffsbestimmung überhaupt nicht. „Handwerker" ist also der, der mit der Hand werkt oder wirkt. Es handelt sich hier-

---

[1]) Vgl. Joh. 27, A 61 = OLG. 8, 92; RG.: JW. 1903, 140[27]; 1906, 205[28] u. 691[15]; 1907, 55[19]; 1908, 148[22]; DJZ. 1904, 1187; 1906, 1205.

[1a]) VO. v. 15. Juni 1934 (RGBl. I, 493); DRAnz. v. 2. Juli 1934 (Nr. 151).

[2]) RG.: Recht 1910, 153.

[3]) Vgl. Note 1.

[4]) Vgl. Staub, HGB. § 2 Anm. 13 u. 16; Neukamp: Recht 1910, 154, 155.

[5]) Neukamp a. a. O. S. 152. Ebenso Joh. 27, A 61 = OLG. 8, 92.

[6]) Vgl. Neukamp a. a. O. S. 152. Wohl unstreitig. Unrichtig die alte Entsch. Joh. 21, A 68.

nach um Fälle des Werkvertrages i. S. des § 631 BGB., d. h. nicht um Handel mit Waren, sondern um Arbeiten, und zwar um individuelle Arbeiten minderer und höherer Art im Wege der Formänderung durch „Be- oder Verarbeitung". Man denke an[6a]): Schlächter, Bäcker, Schuster, Schneider, Tischler, Klempner, Töpfer, Kürschner, Tapezierer, Dachdecker, Maurer, Maler, Wäschereien, Plättereien, Friseure, Drucker, Feinmechaniker, Weber, Buchbinder, Photographen.

Hier machen uns aber die Ziffern 1, 2 und 9 des § 1 HGB. stutzig.

Nach § 1 HGB. ist nicht „Handwerker", sondern „Kaufmann", wer ein „Handelsgewerbe" betreibt: als Handelsgewerbe gilt aber jeder Gewerbebetrieb, der die dort nachbezeichneten sog. Grundhandelsgeschäfte betreibt.

Nach Ziff. 1 a. a. O. gilt als Handelsgewerbe zunächst:

> „Die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden."

Daraus folgt aber logischerweise nicht, daß der, der „be- oder verarbeitet" — mag er Handwerker oder Fabrikant sein — „Kaufmann" ist, sondern lediglich, daß dies unerheblich ist. M. a. W.: nicht das „Handwerk" (oder die Fabrik) wird zu einem „Handelsgewerbe" umgefälscht, sondern die kumulative „Anschaffung und Weiterveräußerung" durch den Handwerker (oder Fabrikanten) wird der „Anschaffung und Weiterveräußerung" durch den Nurhändler gleichgesetzt und als typischer Fall des „Handels" an die Spitze gestellt.

Soweit ein Handwerker diesen Handel betreibt, betreibt er ihn lediglich zu dem Zwecke, sein Handwerk ausüben zu können, also gewissermaßen als Selbstversorger. (Dasselbe gilt hier vom Fabrikanten.)

Geht dieser „Handel" über ein Kleingewerbe hinaus (§ 4 HGB.), dann ist die Person, die ihn betreibt, ein „Kaufmann" i. S. des § 1 HGB.: nicht kraft Handwerks (oder Fabrik), sondern kraft Handels.

Ein Beispiel soll dies sinnfällig machen: der Viehhändler, der lebendes Vieh in großem Umfange aufkauft und veräußert, fällt unter § 1 Ziff. 1 HGB.; aber auch der Großschlächter, der Vieh im ganzen — lebend oder geschlachtet — ankauft, ausschlachtet und dann verkauft: er ist Handwerker (als Fleischer) und Kaufmann (als Händler); ein kleiner Ladenschlächter, der nur im großen ausgeschlachtete Stücke ankauft, für den Konsum der Ladenkundschaft weiter ausschneidet und verkauft, ist Handwerker (als Fleischer) und i. d. R. Kleingewerbetreibender (als Händler); ein selbständiger Lohnschlächter, der nur auf Bestellung Schlachtungen (z. B. im Hause des Bestellers oder im Viehhof des Großschlächters) ausführt, ist lediglich Handwerker[7]).

Wenn neuerdings Großschlächter sich gegen die Eintragung ins Handelsregister wehren, obwohl ihr Schwerpunkt im Handel liegt, so steht dies Verhalten nicht im Einklang mit dem geltenden Recht. Handwerker, die im Rahmen ihres Handwerks die Handelsgeschäfte selbst ausführen, tragen eine Art Januskopf, dessen eines Gesicht nach dem Handwerk und dessen anderes Gesicht nach dem Handel blickt: sie sind infolge dieser geeinten Zwienatur eintragungspflichtig sowohl in der Handwerksrolle als im Handelsregister. Es ist aber schief, zu sagen, der „Handwerker" sei im Fall des § 1 Ziff. 1 HGB. ins Handelsregister einzutragen. Das Schlagwort vom „Warenhandwerker" trägt zur Klärung nichts bei, sondern verwischt das Bild der rechtlich allein erheblichen Kaufmannseigenschaft durch Betonung der rechtlich unerheblichen Handwerkereigenschaft[8]). Ziff. 1 des § 1 HGB. bietet hiernach keinen triftigen Anlaß, die Begriffsbestimmung des „Handwerkers" gegenüber dem Sprachgebrauch einzuschränken.

Aber auch Ziff. 2 a. a. O. nicht. Danach „gilt" als Handelsgewerbe auch:

> „Die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht."

Hier taucht zum erstenmal ein Hinweis auf den „Umfang" des Handwerks auf. Es könnte danach scheinen, als ob das Handwerk grundsätzlich einen quantitativ geringen Umfang hat — ähnlich dem Kleingewerbe. Allein, die Möglichkeit eines Bedenkens ist schon oben (sub 1, a. E.) von vornherein ausgeschieden durch die Feststellung, daß unter „Handwerk" i. S. des § 4 HGB. auch das Großhandwerk fällt. Das hinderte das Schrifttum nicht, trotzdem darüber zu orakeln, wann die Quantität des Handwerks überschritten ist[9]). Es ist aber oben bereits darauf hingewiesen worden, daß das Handwerk seiner inneren Struktur nach als ein lediglich formgebendes Gewerbe andersartig ist als das Handelsgewerbe. Infolgedessen läßt sich mangels gesetzlicher Erläuterung des Begriffes „Umfang des Handwerks" der Schlüssel zum Verständnis nur aus langjähriger Beobachtung der Fälle der Tagespraxis gewinnen: hier drängt sich nun in den Gutachten der Industrie- und Handelskammern und der Handwerkskammern die Tatsache auf, daß der handwerkliche Charakter da verlorengeht, wo der Be- oder Verarbeitungsbetrieb große Formen annimmt und in den Fabrikbetrieb übergeht. Ein Schuhmacher z. B. wird nicht 1000 Gesellen beschäftigen, obwohl dies an sich möglich ist, sondern er wird aus Gründen der Wirtschaftlichkeit unter Ausnutzung der Errungenschaften moderner Technik die Gesellenarbeit zum großen Teil ersetzen durch Maschinenarbeit, indem er gleichzeitig ungelernte Arbeiter teils zur Bedienung der Maschinen, teils zu schematischer, besondere Fachkenntnisse nicht erfordernder Handarbeit heranzieht: so entsteht die Schuhwarenfabrik, die zu ihrer Verwaltung nach Art und Umfang des Betriebes kaufmännische Einrichtungen erfordert (vgl. oben sub 1, a. A.). Demgemäß hat die Judikatur die „Fabrik" definiert als: ein kaufmännisch eingerichtetes, in größerem Umfange betriebenes Unternehmen, das der (Herstellung oder) Be- oder Verarbeitung von Waren dient und in dem der Betrieb zu einem nicht unwesentlichen Teil auch von ungelernten Kräften und unter weitgehender Arbeitsteilung und umfangreicher Ausnutzung von Maschinenkraft durchgeführt wird[10]). Diese, alle Begriffsmerkmale aufzählende Definition ist richtig, aber etwas umständlich und führt daher leicht zu Grenzverwischungen gegenüber dem „Großhandwerk". Eine Besohlanstalt mit Motorenbetrieb und eine Dampfbügelei (Valeterie) ist trotz Maschinenkraft und eventueller Arbeitsteilung keine „Fabrik", sondern ein „Großhandwerk": die Maschinen sind lediglich motorisiertes Handwerkszeug und ersetzen lediglich Hammer, Bürste, Bügeleisen u. dgl., nicht aber die formgebende fachliche Arbeit des gelernten Handwerkers, der Schuh oder Anzug nicht ihrem Schicksal in der Maschine überläßt, sondern sachverständig in der Maschine dreht und wendet[10a]). Diese Facharbeit kann zwar unter gelernten Handwerkern, nicht aber unter ungelernten Arbeitern verteilt werden; insbes. ist ein zur Bedienung einer Maschine und zu einigen sonstigen schematischen Handgriffen „angelernter" Arbeiter noch kein gelernter Handwerker. Das allein wesentliche Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Fabrik ist also die Verwendung

---

[6a]) Vgl. Note 1 a.

[7]) Ebenso Industrie- und Handelskammer Berlin in einem Gutachten v. 12. Okt. 1934 (La) in den Akten 91 HRA 61795 des AG. Charlottenburg. Dem Gutachten lag eine Rundfrage an die Mitglieder des Fachausschusses für Vieh- und Fleischwirtschaft zugrunde. Es deckt sich also obige Rechtsanschauung mit der wirtschaftlichen Anschauung.

[8]) Auf die Feststellung der Handelsbetriebsart zielt offenbar OLG. 8, 92 (= Joh. 27, A 61) hin, was Neukamp a. a. O. S. 155 mißversteht. Die Ausdrucksweise der Entsch. („Art, in der ...") ist freilich mit Recht bemängelt. Denn die Art des Fleischhandels ist nicht die „Art, wie" der Fleischer sein Handwerk betreibt.

[9]) Z. B. Staub, HGB., Anm. zu § 4 in der 6./7. Aufl.; auch ältere Judikatur, z. B. Joh. 21, A 68.

[10]) So KG. in 1 b X 155/28 = 91 HRA 28565 des AG. Charlottenburg; auch OLG. 27, 309; 34, 152.

[10a]) Unklar und ungenau Staub a. a. O. § 4 Anm. 11, der den Gegensatz in „Ersetzen" und „Unterstützen" der Handarbeit sieht. Der richtige Gegensatz ist: Werkzeug und Handarbeit.

„gelernter" Handwerker: wo nur oder fast nur gelernte Handwerker Verwendung finden, liegt Handwerk oder Großhandwerk vor; wo überwiegend ungelernte Arbeiter Verwendung finden, kann bei Zutreffen der übrigen Begriffsmerkmale eine „Fabrik" vorliegen.

Diese Betrachtung ergibt, daß mit der quantitativen Entwicklung des Handwerks eine qualitative Veränderung der Betriebsart in der Richtung zur Fabrik — wenn auch nicht vorgehen „muß", so doch — vorgehen kann. In diesem Sinne kann man von einem „Umfang des Handwerks" sprechen, muß sich aber darüber klar sein, daß — eben wegen der Betriebsart „Arbeit" — „Umfang des Handwerks" ein ganz anderer Begriff ist als „Umfang des Kleingewerbes": der Umfang des Handwerks kann klein sein, muß es aber nicht (Großhandwerk!); „handwerklicher Umfang" bedeutet lediglich „handwerkliche Betriebsart". Was über die „handwerkliche" Betriebsart hinausgeht, ist seiner „Art" nach Nichthandwerk, d. h. „Fabrik"[11]). Der Ton in „Umfang des Handwerk" liegt weniger auf „Umfang", als auf „Handwerk": das kann nicht genug unterstrichen werden, weil hiermit sich alle Schwierigkeiten lösen. Daraus ergibt sich: die von der Judikatur[12]) vielfach aufgestellten Indizien (wie z. B.: hoher Umsatz, Ertrag, Betriebskapital, Personalzahl, Buchführung, Kassenführungen, Steuern, räumliche Ausbreitung, Maschinen u. dgl.) sind keine Essentiale des „Handwerks" oder der „Fabrik", sondern lediglich sekundäre Folgeerscheinungen des „Großhandwerks" sowohl als der „Fabrik"[13]). Man kann also statt: „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" lesen: „sofern der Betrieb kein Handwerk ist" oder „sofern die Betriebsart keine handwerksmäßige ist"[13a]).

Hiernach ergibt Ziff. 2 des § 1 HGB. für eine Einschränkung oder sonstige Änderung des Handwerksbegriffs gegenüber dem Sprachgebrauch nichts: sie grenzt vielmehr gegenüber dem reinen oder mit Handwerk gemischten „Handel" der Ziff. 1 a. a. O. lediglich den reinen handelslosen Fabrikbetrieb vom reinen handelslosen Handwerk ab. Fabrikbetrieb ist also Betrieb mit vorwiegend ungelernten Arbeitern, Handwerksbetrieb ist Betrieb mit vorwiegend gelernten Arbeitern: aus ersterem ergibt sich als sekundäre Folge die seelenlose, aber billigere Massenware, aus letzterem die individuelle, aber meist teurere Handarbeit. (Man denke an den Gegensatz von Fabrikkonfektion und Maßkonfektion.) Ob neben Fabriken noch andere nichthandwerkliche Formen des Be- oder Verarbeitungsgewerbes denkbar sind und unter Ziff. 2 a. a. O. fallen (z. B.: Dampfwäschereien, chemische Reinigungsanstalten, Färbereien), ist an dieser Stelle, die lediglich den Handwerksbegriff klären will, ohne Interesse und überdies eine müßige akademische Frage, da diese Gewerbe, soweit sie nicht schon nach § 1 Ziff. 2 a. a. O. eintragungsfähig sind, dann eben auf jeden Fall nach § 2 HGB. eintragungspflichtig sind[14]).

Mit der Auslegung der Ziff. 2 des § 1 a. a. O. schwinden auch die letzten Bedenken, die sich aus Ziff. 9 a. a. O. ergeben könnten: auch hier findet sich der Ausdruck „über den Umfang des Handwerks hinausgeht". Der Sinn der versuchten Auslegung ergibt sich hier sogar noch deutlicher. Es werden nämlich als Handelsgewerbe bezeichnet nicht die „Druckereien", sondern:

„die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht".

Die „Geschäfte" der Druckereien bestehen aber nicht allein in der Druck-Bearbeitung: Letterndruck, Stein-, Stahl-, Kupfer-, Lichtdruck usw. ist lediglich auf Bestellung erfolgende „Arbeit" (i. S. des § 631 BGB.) und erfordert gelernte Fachkenntnisse, ist also „Handwerk". Verbunden mit dieser Drucktätigkeit werden aber vielfach „Handelsgeschäfte": z. B. Anschaffungen von Papiervorräten zwecks Herstellung von bedruckten Massenvorräten, die der Veräußerung harren (z. B.: Formulare!), u. U. auch langfristige Vervielfältigungsverträge u. dgl. Diese gewerbliche Tätigkeit ist der handwerksmäßigen Drucktätigkeit nicht wesensnotwendig, geht mithin ihrer „Art" nach über den „Umfang des Handwerks" hinaus: sie rückt den Drucker im ersten Fall (Anschaffungsgeschäfte zwecks Vorratsherstellung) in die Nachbarschaft des sog. Warenhandwerkers der Ziff. 1 des § 1 a. a. O. und im zweiten Fall (Vervielfältigungsverträge) in die Nachbarschaft des Fabrikbesitzers der Ziff. 2 a. a. O. So wird aus dem „Drucker" der „Druckereibesitzer": auch er trägt den Januskopf, der nach dem „Handel" blickt, auch er stellt nach der Wesensart einer Fabrik Massenware her. Es ist daher auch hier oberflächlich, die Kaufmannseigenschaft nach sekundären Indizien (wie Umsatz, Maschinen, Personalziffer, Buchführung, Steuern usw.) feststellen zu wollen; Essentiale des „kaufmännischen" Druckers sind allein die „Geschäfte": geht „ihr" Betrieb über die handwerksmäßige Betriebsart hinaus, so liegt ein eintragungspflichtiges Handelsgewerbe vor. Beim „Handwerker" liegt der Schwerpunkt im „Druck", nicht in den „Geschäften": Umsatzhöhe, Maschinenzahl und hohe Personalziffer u. dgl. lassen nur auf ein Großhandwerk schließen, wenn der Schwerpunkt der Betriebsart nicht vom Druck auf Handel oder Vervielfältigungsdruck verlegt wird.

3. Überflüssig sind die vielfachen Untersuchungen, ob Zutaten — wie sie z. B. ein Flickschneider durch Verwendung eigenen Zwirns, Knöpfe u. dgl., ein Flickschuster durch Verwendung von Nägeln, Pechdraht, Leder u. dgl. bei seiner Arbeitsleistung verwendet, den Lohnhandwerker zum Minderkaufmann (oder gar Vollkaufmann) stempeln oder als „unwesentlich" außer Betracht zu lassen sind und ob die Hineinarbeitung dieser Zutaten in den Hauptstoff eine „Verarbeitung" der Zutat bzw. eine Bearbeitung der Hauptsache i. S. der Ziff. 2 des § 1 HGB. oder eine „Weiterveräußerung" i. S. der Ziff. 1 a. a. O. in sich begreift. Denn es liegt für jeden Einsichtigen auf der Hand, daß die Betriebsart eines Flickschneiders usw. weder eine Fabrik noch ein über ein Kleingewerbe hinausgehender Gewerbebetrieb sein kann: „Kleingewerbe" und „Handwerk" aber sind — trotz Verschiedenheit ihrer inneren Struktur — durch § 4 HGB. rechtlich gleichgestellt!

Irreführend sind endlich auch Erörterungen über „persönliche" Arbeit oder Mitarbeit des Betriebsinhabers, insbes. beim Handwerk. Denn dadurch wird die Betriebsart nicht geändert. Die Schusterswitwe, die das Handwerk durch den Gesellen weiterbetreiben läßt, ist Handwerker und nicht Kaufmann[16]). Infolgedessen ist auch der ungelernte Kapitalist, der in einer Großstadt ein Dutzend Friseurgeschäfte betreibt, Handwerker (Großhandwerker) und nicht Kaufmann. Die handelsregisterliche Eintragung kommt daher nicht in Frage.

Die oben aus dem Gesetz und der Anschauung der Praxis heraus entwickelten Grundsätze reichen vielmehr vollkommen aus, in allen erdenklichen Fällen das Richtige zu treffen. Sie lenken nicht durch Erörterung von Nebendingen ab vom Wesenskern der Betriebsart, die bei Kaufleuten und Handwerkern verschieden ist.

---

[11]) Im Ergebnis ebenso Joh. 27, A 61, 63 = OLG. 8, 92; RG.: JW. 1906, 205[28] u. 691[15]. Auch Staub, HGB. § 4 Anm. 9 u. § 1 Anm. 56 trifft hier das Richtige, indem er auf die „handwerksmäßige und handwerksübliche Herstellungsweise" verweist; er legt aber nicht dar, wie er zu dieser Auffassung kommt. Ebenso RG. 66, 7 u. 57, 387.

[12]) So z. B. wieder die Anm. 11 zit. Entsch. in Joh. u. JW.; ferner RG.: DJZ. 1906, 1205.

[13]) Im Ergebnis ebenso Neukamp a. a. O. S. 151. — Er zieht aber unbegreiflicherweise nicht die Folgerung, daß es dann auf die „Art" des Betriebes ankommen muß.

[13a]) Ebenso Joh. 27, A 63, unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte.

[14]) Man erinnere sich, daß nach den Ausführungen oben sub 1, a. A., der Unterschied zwischen § 2 und § 1 HGB. sachlich lediglich darin besteht, daß die qualitativen Gründe der Kaufmannseigenschaft im Fall des § 2 nicht normiert sind, sondern erst festgestellt werden müssen („Art"). Doch sei für bedenkliche Leser darauf hingewiesen, daß m. E. „Ware" i. S. der Ziff. 2 des § 1 HGB. nur die im Handel befindliche bewegliche Sache ist (vgl. § 1 Ziff. 1: „Anschaffung und Weiterveräußerung ..."). Das der Waschfrau oder Dampfwäscherei übergebene getragene Nachthemd ist gewiß keine „Ware", weil dieses weder „angeschafft" noch „weiterveräußert" wird.

[16]) Ebenso Staub a. a. O. § 4 Anm. 9.

Die Begriffsbestimmung kann aber nicht abgeschlossen werden, ohne daß noch ein im Wirtschaftsleben sehr praktischer Fall kurz erörtert wird: beim „Handwerk" ist nämlich ein sog. „Hilfs- oder Nebengewerbe" möglich und vielfach üblich.

4. Das Hilfs- oder Nebengewerbe eines „Handwerkers", sofern dieses über den Umfang eines „Kleingewerbes" hinausgeht, ist eintragungspflichtig nach §§ 1 bzw. 2 HGB.: z. B. ein Dachdecker schafft nicht nur als Selbstversorger die zur Ausübung seines „Handwerks" benötigten Materialien an, sondern veräußert aus seinem Vorrat auch weiter, treibt also auch Materialhandel; ein Schuhflicker handelt im Nebengewerbe mit angekauften oder in Kommission übernommenen Schuhen oder mit Seife oder mit Lebensmitteln; ein Friseur unterhält im Nebengewerbe ein Laboratorium für Kosmetik (§ 2 HGB.) und handelt mit seinen und fremden Erzeugnissen. In allen diesen Fällen liegt im Unterschied von den sub 2 behandelten Fällen das Wesentliche nicht darin, daß der Handel Ermöglichung der Handwerkstätigkeit bezweckt und durch das Stadium dieser Tätigkeit hindurchgeht, sondern ein zweites — begrifflich selbständiges — Gewerbe vorliegt. Der Inhaber wird also wiederum nicht, weil er „Handwerker" ist, sondern weil er außerdem „Kaufmann" ist, eingetragen: er vereinigt als „Doppelverdiener" zwei Gewerbe lediglich in Personalunion. Dieses neben dem „Handwerk" selbständig bestehende Gewerbe muß über ein Kleingewerbe hinausgehen, wenn der Inhaber als „Kaufmann" ins Handelsregister eingetragen werden soll. Gibt er dies Nebengewerbe auf oder sinkt es dauernd auf ein Kleingewerbe herab oder entfällt eine der Voraussetzungen des § 2 HGB., so ist die Firma erloschen und zu löschen (§§ 4, 31 Abs. 2 HGB.), mag auch die Handwerkstätigkeit noch weiter ausgeübt werden (vgl. Joh. 27, A 60; JFG. 6, 173; 9, 901). Dies ist registerrechtlich der einzige praktische Unterschied von den oben sub 2 behandelten Fällen.

5. Um die Probe aufs Exempel zu machen, bedarf es noch eines näheren Eingehens auf den Begriff des Kleingewerbes. Wie bereits oben (sub 1) ausgeführt, steht § 4 HGB. lediglich in Verbindung mit § 1 a. a. O., indem er das Kleingewerbe quantitativ abgrenzt vom eintragungspflichtigen „Kaufmann" des § 1 HGB. — Der § 2 HGB. enthält neben dem Qualitätserfordernis („Art") auch das Quantitätserfordernis („Umfang"), steht also für sich. Gleichwohl wird vom Schrifttum § 2 zur Auslegung des Begriffes „Kleingewerbe" herangezogen. Zumindest in der Form, wie dies geschieht, führt dies zu Mißverständnissen, da die „Art" der Geschäfte auf Grund des § 1 im Rahmen des § 4 feststeht[17]) und insofern allerdings kein Grund besteht, die eine andere „Art von Geschäften" betreffende Bestimmung des § 2 einwirken zu lassen. Trotzdem liegt der gegenteiligen Rechtsauffassung ein berechtigter Kern zugrunde. Die Sache liegt hier ähnlich, wie bei Erörterung des Begriffs „Umfang des Handwerks" (vgl. oben sub 2); wie es sich dort um die handwerksmäßige Art des Betriebes handelte, so handelt es sich hier um die „kleingewerbliche" Art des Betriebes. Auch hier ist die Beobachtung der täglichen Praxis der Wegweiser zur richtigen Fragestellung und Beantwortung: es mehren sich nämlich neuerdings Eintragungsanträge der Industrie- und Handelskammern in Fällen, wo offensichtlich kleine Geschäfte — wie Kohlenkeller, Obst- oder Blumenhandlungen, Milchkannen-Spediteure, Stehbierhallen u. dgl.) — einen erheblichen Jahresumsatz (z. B. 50000 *RM*) aufweisen. Die beteiligten Inhaber pflegen der Eintragung zu widersprechen mit der Begründung, sie seien seit Jahrzehnten uneingetragen geblieben, weil ihre Betriebsart in denkbar einfachsten Formen sich vollziehe, insbes. irgendwelche kaufmännische Einrichtungen (Buchführung, gesonderte Kassenführung, Kredit, Personal u. dgl.) nicht erforderlich seien. Dies zwingt uns, noch einmal die Parallelstellung der §§ 1, 2 HGB. ins Auge zu fassen: nach Abs. 2 des § 1 a. a. O. „gilt als Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat...". „Art" bedeutet also tatsächlich „Gegenstand" des Unternehmens; infolgedessen liegt auch kein Anlaß vor, von dieser Auslegung in § 2 a. a. O. abzuweichen. § 2 a. a. O. stellt ferner das quantitative Erfordernis des „Umfangs" auf, für § 1 a. a. O. ist das gleiche nachgeholt in § 4 a. a. O. Die Parallelstellung der §§ 1, 2 a. a. O. ist also eindrucksvoll. Nur in einem sachlichen Punkt zeigt § 2 scheinbar eine Besonderheit: er hebt hervor, daß Art und Umfang „einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb" erfordern müssen. Damit ist darauf hingewiesen, daß es für die obligatorische Eintragungspflicht nicht nur auf die „Art" als Gegenstand des Unternehmens ankommt, sondern auch auf die „Art, wie" der Gegenstand des Unternehmens betrieben wird[18]). Beides steht in untrennbarem Zusammenhange: es genügt also nicht, daß Art und Umfang der „Geschäfte" die Eintragung erfordern. Es ist augenscheinlich, daß der Gesetzgeber die „kaufmännische Betriebsart" mit der aus § 4 sich ergebenden quantitativen Einschränkung auch bei den Gewerbearten des § 1 a. a. O. ohne weiteres für gegeben hält. Aus diesem Sinn und Zweck der §§ 1, 2 a. a. O., qualitative und quantitative Großgewerbe wegen ihrer kaufmännischen Betriebsart als Handelsgewerbe zur registerlichen Eintragung zu bringen, ergibt sich als Spiegelbild für § 4 HGB., daß ein Kleingewerbe keine kaufmännische Betriebsart erfordert: das ist die kleingewerbliche Betriebsart. Lediglich aus diesem Grunde gehört das Kleingewerbe nicht ins Handelsregister.

Es kommt also zur Feststellung der kleingewerblichen Betriebsart darauf an, ob das Gewerbe „kaufmännische Einrichtungen" nicht „erfordert" (nicht: „hat"). „Kaufmännische Einrichtungen" sind Einrichtungen, die das Kaufmannsgewerbe herausgebildet hat zur Erzielung von Ordnung und Übersicht, um alle bei dem Betriebe beteiligten Personen (Unternehmer, Hilfskräfte, Kunden, Gläubiger) vor den Nachteilen mangelnder Ordnung und Übersicht zu schützen[19]): also Einrichtungen, wie Buchführung, Kopieren ausgehender Briefe, Korrespondenzakten, Kontrollpersonal, Sonderung der Betriebszweige, der Kassenführung, Warensorten u. dgl. Jeder Unternehmensgegenstand kann in dieser Hinsicht andere Einrichtungen aufweisen und erfordern. Erfordern nun Kohlenkellergeschäfte, Blumenhandlungen, Obstgeschäfte, Milchkannen-Spediteure, Stehbierhallen usw. derartige Einrichtungen? Wahrscheinlich ist dies nicht. Möglich im Einzelfall ist es: das bedarf dann aber entsprechender Ermittlungen.

Man sieht also: die Höhe des „Umsatzes" beweist gar nichts. Sie kann eine sekundäre Folge kaufmännisch erforderlicher Betriebsart sein, muß es aber nicht. Es kommt lediglich darauf an, daß die Betriebsart so primitiv ist und bleiben kann, daß eine kaufmännische Einrichtung demgegenüber lediglich als überflüssiger Luxus oder schädliche Komplizierung des Betriebes erscheint[20]).

Danach bedarf es auch keiner näheren „Bestimmungen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermanglung einer solchen Bemessung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird". Demgemäß haben die bisherigen Landesregierungen entsprechende Verordnungen auf Grund des Abs. 3 des § 4 HGB. auch nicht erlassen[21]).

[17]) So Neukamp a. a. O. S. 155 und RG.: JW. 1908, 343[32]; RJA. 2, 133; 15, 130, 132. A. M. Joh. 27, A 61 = OLG. 8, 94; Joh. 21, A 68; Staub a. a. O. § 4 Anm. 18.

[18]) Vgl. Joh. 27, A 61 = OLG. 8, 94. Der Angriff Neukamps a. a. O. S. 155 gegen diese Auslegung des § 2 HGB. ist also unberechtigt. Die herrschende Literatur und Judikatur leitet aber zu Unrecht die Begründung ab von „Art" statt von „in kaufmännischer Weise". (So insbes. Staub a. a. O. § 4 Anm. 18.) Vgl. unten Anm. 20.

[19]) Staub a. a. O. § 2 Anm. 5.

[20]) Im Ergebnis — wenn auch vielfach mit unklarer oder unzutreffender Begründung — die herrschende Meinung: vgl. Staub a. a. O. § 4 Anm. 18; RJA. 15, 130, 133; RG.: JW. 1903, 140[27]; 1906, 205[28]; 1907, 55[19]; DJZ. 1904, 1187; OLG. München: JW. 1934, 990. A. M. RJA. 2, 133; RG.: JW. 1908, 343[32].

[21]) Vgl. Art. 1 PrAGHGB. und Staub a. a. O. § 4 Anm. 21.

„Umfang des Kleingewerbes" in § 4 HGB. bedeutet also als verkehrtes Spiegelbild des „Großgewerbes" der §§ 1, 2 HGB.: nichtkaufmännische Betriebsart. Auch hier liegt — wie beim Begriff „Umfang des Handwerks" — der Ton nicht auf „Umfang", sondern auf „Kleingewerbe". Das Gesetz sieht den quantitativen „Umfang" der Betriebsart bei Kleingewerbe und Handwerk als einen anderen an als beim Großgewerbe der §§ 1, 2 HGB.: daher die Gleichstellung dieser nichthomogenen Gewerbezweige in § 4 gegenüber dem Großgewerbe der §§ 1, 2 a. a. O. Beide sind quantitativ insofern weniger umfangreich als die Großgewerbe der §§ 1, 2 a. a. O., als sie „kaufmännische Einrichtungen" nicht „erfordern", weil die Betriebsart primitiv ist oder sein kann. Beim „Handwerk" ist sie primitiv, weil es sich lediglich um Facharbeiten, beim „Kleingewerbe", weil es sich lediglich um Barverkehr handelt. Sinngemäß gelesen bedeutet also der viel berufene § 2 HGB.: ein gewerbliches Unternehmen, das nach Gegenstand und Umfang kaufmännische Betriebsart erfordert, gilt, auch wenn ein Gegenstand des § 1 Abs. 2 nicht vorliegt, als Handelsgewerbe, sofern dies das Registergericht durch Eintragung entschieden hat. So schließt sich der Kreis der Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes. Diese Großgewerbe der §§ 1, 2 HGB. sollen im Handelsregister eingetragen sein, andere nicht.

6. Hiernach läßt sich registerrechtlich bestimmen:

a) Kaufleute: sind diejenigen, welche ein über ein Kleingewerbe hinausgehendes Handelsgewerbe nach § 1 HGB. oder ein dem Handelsgewerbe der Form (kaufmännische Art und Umfang) gleichgestelltes Gewerbe betreiben (Großgewerbe: Großgewerbetreibende).

b) Kleingewerbetreibende: sind Personen, die zwar ein Handelsgewerbe nach § 1 HGB. betreiben, aber wegen quantitativ geringen Umfangs „kaufmännischer" Einrichtungen nicht bedürfen.

c) Handwerker: sind gelernte Facharbeiter des Be- oder Verarbeitungsgewerbes (Klein- und Großhandwerker).

Diese Begriffsbestimmung ergibt sich registerrechtlich zwanglos aus dem Gesetz.

Es liegt registerrechtlich nicht der geringste Grund vor, die akademischen Kunstausdrücke „Vollkaufmann" und „Minderkaufmann" zu schaffen, unter letzteren den „Kleingewerbetreibenden" und „Handwerker" zu begreifen, hierbei aber aus dem „Handwerker" i. S. des § 4 HGB. wieder den „Lohnhandwerker" auszuscheiden.

Diese Methode, die das gesamte bisherige Schrifttum beherrscht, verführt dazu, den Gewerbetreibenden unter „Begriffe" zu subsumieren, statt unter das „Gesetz": es wird nicht gefragt, fällt der Gewerbetreibende unter § 4 oder § 1 HGB., sondern: ist er „Minderkaufmann" oder „Vollkaufmann"? Das ist Begriffsjurisprudenz mit den Folgen der Gefahr der Fehlentscheidung im konkreten Einzelfall, insbes., wenn „Handwerker" in Frage stehen. Diese Begriffsjurisprudenz erschwert die Entscheidung nach dem Gesetz selbst, statt sie zu erleichtern: die im Vordergrunde stehenden registerrechtlichen Gesichtspunkte werden dadurch in den Hintergrund gedrängt: registerrechtlich ist nur der Großgewerbetreibende i. S. der §§ 1, 2 HGB. „Kaufmann", wie sich aus § 4 Abs. 1 HGB. („Firmen"!) ergibt.

Der „Handwerker" ist niemals „Kaufmann" als Handwerker, sondern nur als Handelsgewerbetreibender: entweder Großgewerbetreibender nach Ziff. 1 oder 9 (nicht: Ziff. 2) des § 1 HGB. oder Kleingewerbetreibender nach § 4 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB.

Lediglich zivilrechtlich werden die Kleingewerbetreibenden — mögen sie daneben Handwerker sein oder nicht — in vereinzelten wenig praktischen Bestimmungen über „Handelsgeschäfte" (§§ 344, 347, 352—354, 369, 377, 378 HGB.) gemäß argumentum a contrario aus § 4 Abs. 1 HGB. als Kaufleute behandelt, doch wird durch die Neigung der Praxis, den Kleingewerbetreibenden nicht mit demselben Maß zu messen, das Gesetz im Ergebnis aufgehoben (vgl. Staub, HGB. § 4 Anm. 28). Infolgedessen besteht wenig Bedürfnis zu ihrer Kontrastierung als „Kaufleute minderen Rechts" gegenüber den Vollkaufleuten: man mag im Einzelfall die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Bestimmungen über Handelsgeschäfte aus § 4 Abs. 1 HGB. selbst beantworten.

7. Den Kaufleuten gleichgestellt werden die Handelsgesellschaften (§ 6 HGB.). Unter ihnen setzen die offene Handelsgesellschaft (§ 105 HGB.) und die Kommanditgesellschaft (§ 161 HGB.) den Betrieb eines „Handelsgewerbes" ausdrücklich voraus: also einen Betrieb i. S. des § 1 oder (nach unstreitiger Ansicht) i. S. des § 2 HGB. In diesem Rahmen sind also auch „Gesellschaften" Kaufleute (§ 6 Abs. 1 HGB.). Für einen andern gewerblichen oder nichtgewerblichen Zweck ist die Form der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft also nicht statthaft; ebensowenig für „Kleingewerbe" und „Handwerksbetriebe": und zwar auf Grund ausdrücklicher Gesetzesvorschrift des Abs. 2 des § 4 HGB. Dies zu betonen, ist wichtig wegen der weiter unten (sub 9) zu behandelnden, durch die Umwandlungsgesetzgebung geschaffenen Rechtslage. Dagegen sind nicht gebunden an ein „Handelsgewerbe" i. S. der §§ 1, 2 HGB. die sog. „Kapitalgesellschaften" mit juristischer Rechtspersönlichkeit: die AktG. (§ 210 Abs. 2 HGB.), die KommGes. a. A. (§ 320 Abs. 3 HGB.) und die GmbH. (§ 13 Abs. 3 GmbHG.). Diese „gelten" stets als Handelsgesellschaften (§ 6 Abs. 2 HGB.). Unternehmungen, denen sachlich die Rechtsform der Einzelfirma, der offenen Handels- oder der Kommanditgesellschaft verwehrt ist, können also dem Handelsrecht nur in der Rechtsform einer mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Kapitalgesellschaft unterstellt werden: nur dann sind sie „Kaufleute". Der Gesetzgeber hat also in dem Kapitalerfordernis einen Ausgleich gefunden für den etwaigen Mangel eines „Handelsgewerbes" i. S. der §§ 1, 2 HGB. Man kann also sagen: die OHG. und die KommGes. sind Kaufleute, weil sie ein „Handelsgewerbe" betreiben, die Kapitalgesellschaften dagegen, weil sie „Vermögen" haben, das ziffernmäßig bestimmt und zu erhalten ist und deshalb eingetragen sein muß.

8. Die praktische Bedeutung der Feststellung, wer nach §§ 1, 2 HGB. als „Kaufmann" eintragungspflichtig ist, ergibt sich registerrechtlich[22]) aus § 4 HGB.: danach finden nicht nur die Vorschriften über Handelsbücher und Prokura, sondern vor allem die über die Firmen (§§ 18 ff. HGB.) auf Handwerker und Kleingewerbetreibende keine Anwendung —, es sei denn eben, daß sie sich in Form einer „Kapitalgesellschaft" vereinigt haben. Die Folge ist: Handwerker und Kleingewerbetreibende persönlich haben weder ein — von ihrem persönlichen Namen abweichendes — materielles Firmenrecht (§ 22 HGB.), noch können sie überhaupt (unter ihrem persönlichen Namen) als Einzelfirma oder Personengesamtheit ins Handelsregister A gelangen. Ist dies dennoch geschehen, so ist die Eintragung von Amts wegen nach § 142 RFGG. wieder zu löschen[23]). Von Bedeutung ist ferner die Fortdauer der Kaufmannseigenschaft in der Frage des Erlöschens der Firma[24]): Fortfall einer der Voraussetzungen des § 2 HGB., insbes. Entbehrlichkeit „kaufmännischer" Einrichtungen nach „Art" oder „Umfang" des Unternehmens, beseitigen die Kaufmannseigenschaft und damit das Firmenrecht[25]). Der Inhaber ist entweder Kaufmann i. S. des § 2 HGB. oder Nichtkaufmann: ein Herabsinken auf ein „Kleingewerbe" oder ein „Ruhen" des Geschäftsbetriebes ist hier begrifflich nicht möglich[26]). Dagegen hat die Praxis bei den sog. Grund-

[22]) Für die hier nicht interessierende außerhandelsrechtliche und Sondergesetzgebung vgl. Neukamp a. a. O. S. 147.

[23]) Unter Beachtung der AV. v. 27. Mai 1930 (JMBl. 164), wonach bei Handwerkern zur Verhütung kreditschädigender Vorstellungen der Grund (Handwerk) „öffentlich bekanntzumachen" ist.

[24]) Vgl. Groschuff: JW. 1934, 940 ff.

[25]) Vgl. Groschuff a. a. O. S. 943 sub β; OLG. München: JW. 1934, 990.

[26]) Ebenso Staub a. a. O. § 2 Anm. 13 u. 16. Wohl unstreitig

handelsgeschäften des § 1 HGB. angenommen, daß „vorübergehendes" Herabsinken auf ein Kleingewerbe oder (vorübergehendes) „Ruhen" die Firma noch nicht zum Erlöschen bringe[27]): daraus folgt, daß der auf Grund des § 1 eingetragene Kaufmann gem. § 5 HGB. in privatrechtlicher Hinsicht Dritten gegenüber als Kaufmann weitergilt, obwohl er es tatsächlich während der Dauer des Ruhens oder der kleingewerblichen Betriebsart nicht ist[28]).

9. Es muß nunmehr die Frage aufgeworfen werden: hat sich an dem Kaufmannsbegriff irgend etwas geändert durch das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569)?

Diese Frage kann zweifelhaft sein, ist aber zu verneinen.

a) Das Gesetz v. 5. Juli 1934 bezweckt nach seiner Präambel lediglich, „in geeigneten Fällen die Abkehr von der anonymen Kapitalform zur Eigenverantwortung zu erleichtern": es bezweckt also lediglich den Erfolg, daß die Anonymität aufhört und der Unternehmer persönliche und unbeschränkte Verantwortung übernimmt[29]). Dieser Erfolg ist zwar auch nach dem allgemeinen Handelsrecht auf Grund des § 22 HGB. realisierbar[30]); das Gesetz v. 5. Juli 1934 „erleichtert" ihn aber insofern, als es die Übertragung des Vermögens durch „Universalsukzession" zuläßt und hierfür bestimmte Bedingungen aufstellt.

Es ist das Gesetz v. 5. Juli 1934 also lediglich eine zusätzliche Vorschrift zum Handelsgesetzbuch, das in seinen allgemeinen Grundlagen sowohl wie in den einzelnen Bestimmungen unberührt bleibt: lediglich ins Firmenrecht ist eingegriffen: es ist in §§ 4 Satz 2, 5 (8, 9, 12—14) UmwandlG. bestimmt, daß mit Eintragung der (zum Register B) angemeldeten Satzungsänderung des Umwandlungsbeschlusses die bisherige Kapitalgesellschaft „aufgelöst" ist und die (bisherige) Firma unter Ausschluß des Firmenfortführungsrechts aus § 22 HGB. „erlischt" (vgl. § 31 Abs. 2 HGB.). Damit hat das Rechtssubjekt der „juristischen Person" zu bestehen aufgehört, oder — wie die „Amtliche Erläuterung" (DJ. 1934, 883) es ausdrückt: „... nicht nur die Rechtsform wechselt, sondern auch die Rechtspersönlichkeit; an die Stelle der AktG., KommGes. a. A. oder GmbH. ... tritt eine Personengesamtheit oder ... eine Einzelperson." Daraus folgt: das, was an die Stelle der ehemaligen Kapitalgesellschaft tritt, ist nicht mehr kraft § 6 Abs. 2 HGB. „ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens eine „Handels"-Gesellschaft; vielmehr sind die das Vermögen der aufgelösten Kapitalgesellschaft übernehmenden Personengesamtheiten und Einzelpersonen „Kaufleute" nur, wenn sie ein über ein Kleingewerbe hinausgehendes Grundhandelsgewerbe i. S. der §§ 1, 4 HGB. oder ein ihm durch § 2 a. a. O. gleichgestelltes, nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erforderndes Unternehmen betreiben (§§ 6 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 2 HGB.).

In Anwendung dieser Grundsätze regelt das Gesetz vom 5. Juli 1934 die Frage, wie nach erfolgter Umwandlung zu verfahren ist, überhaupt nicht. War die übernehmende Einzelperson oder Personengesamtheit bereits (im Handelsregister A) eingetragen (§§ 2, 8 UmwandlG.), so geht das Vermögen im Wege der schließlichen Fusion über auf eine nach §§ 1, 2 HGB. eintragungsfähige und deshalb eingetragene Firma. Die Erweiterung des Gewerbebetriebes um ein nichtgewerbliches, kleingewerbliches oder handwerkliches Unternehmen ist unschädlich, weil sie kaum den betrieblichen Gesamtcharakter ändern, in vielen Fällen vielmehr nur das „Vermögen" der eingetragenen Firma vermehren wird. Ist aber die übernehmende Einzelperson oder Personengesamtheit noch nicht eingetragen, so ist zwischen beiden zu unterscheiden. Die Eintragung der Einzelperson richtet sich aus allgemeinen Grundsätzen nach ihrer Eintragungsfähigkeit als Kaufmann (§§ 1—4 HGB.). Die Firma ist also nach §§ 29, 12, 18 HGB. (zum Register A) anzumelden. Die Anmeldung unterliegt der Prüfungspflicht hinsichtlich ihrer Eintragungsfähigkeit. Wird die Anmeldung zurückgewiesen oder unterbleibt sie zulässigerweise, so verschwindet die Einzelperson aus dem Handelsregister, und die Wirkung der Umwandlung beschränkt sich auf die Herbeiführung der Eigenverantwortung (z. B.: die Einzelperson ist lediglich Grundstückseigentümer).

Für den Fall dagegen, daß die übernehmende Personengesamtheit noch nicht eingetragen war, sondern im Umwandlungsbeschluß erst „errichtet" ist, ist die Anmeldung derselben zum A-Register ausdrücklich ausgeschlossen, da sie „von Amts wegen" einzutragen ist (§ 11 Abs. 2 S. 2 UmwandlG.). Lediglich der Umwandlungsbeschluß ist (zum B-Register) anzumelden (§ 11 Abs. 1 UmwandlG.). Man sollte nun annehmen, daß in diesem Vorstadium eine Prüfungspflicht der Eintragungsfähigkeit der Personengesamtheit zu erfolgen hätte, weil — wie oben ausgeführt — das UmwandlG. sich an das allgemeine HGB. anlehnt. Allein hier bildet das Hindernis der Umstand, daß einerseits in § 9 (12—14) UmwandlG. die Rechtsform der OHG. oder der KommGes. nicht ausdrücklich beschränkt ist auf die Voraussetzung der Eintragungsfähigkeit nach §§ 105, 161 HGB. („Handelsgewerbe"), also — mindestens scheinbar — unbeschränkt zulässig ist, und andererseits — in Auswirkung des § 5 UmwandlG. — lediglich die „Vorschriften für die Firmen der OHG. (KommGes.)" zu beachten sind (§ 10 Abs. 3; § 12 UmwandlG.). Es ist also im Wortlaut weder hier noch dort gesagt: die Gesellschaft muß den Vorschriften der OHG. (KommGes.) entsprechen. Dem Sinn nach aber kann die Zulassung der Rechtsform der OHG. bzw. der KommGes. für Gegenstände der Kapitalgesellschaften sowohl bedeuten: sofern die Voraussetzungen eines „Handelsgewerbes" nach §§ 105, 161, 1, 2, 4, 6 Abs. 1 HGB. vorliegen —, als auch: „ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens", wie bisher. Dem aus der Präambel ersichtlichen Zweck nach (Erleichterung der Abkehr zur Eigenverantwortung) ist der letztere Sinn sogar der wahrscheinlichere. Infolgedessen nimmt das bisherige Schrifttum, soweit es sich mit dieser Frage befaßt[31]), an, daß nach Sinn und Zweck des UmwandlG. die Umwandlung in eine Personalgesellschaft ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Handelsgewerbes zulässig sein soll. Diese Auslegung findet ihre Stütze auch in der vorerwähnten „amtlichen Erläuterung", derzufolge den Hauptfall der Umwandlung Familiengesellschaften und Grundstücksgesellschaften bilden sollen. Beide aber betreiben — wenn auch nicht immer ausschließlich — i. d. R. lediglich die Verwaltung von „Vermögen", also kein Handelsgewerbe. Auch sonst ist der Fall, daß Kapitalgesellschaften einen andern Gegenstand als ein Handelsgewerbe i. S. der §§ 1, 2 HGB. betreiben, viel häufiger, als der Fernstehende ahnt. Wollte der Richter in allen diesen Fällen die Umwandlung in eine Personalgesellschaft unterbinden, so würde er in der Mehrzahl der ihm unterbreiteten Sachen den Sinn und Zweck des Gesetzes, die Abkehr von anonymen Kapitalformen zur Eigenverantwortung zu erleichtern, vereiteln und damit das Ges. v. 5. Juli

[27]) Wenn zwei Voraussetzungen vorliegen: 1. Vorhandensein eines Geschäfts und 2. besondere Stillegungsgründe (Krankheit, Tod, Saison), werden rechtliche Bedenken gegen die Annahme eines „Ruhens" auch nicht zu erheben sein. (Vgl. Groschuff a. a. O. S. 942 u. 943 sub a.) Vgl. Note 23.

[28]) Der Mißbrauch, den die Praxis aber mit den Begriffen „Ruhen" und „vorübergehendes Herabsinken ..." treibt durch weitherzige Berücksichtigung des „allgemeinen Niedergangs der Wirtschaft" u. dgl., verkehrt die Absicht des Gesetzgebers, der nach §§ 1, 2, 4 nur Großgewerbe eingetragen wissen will, in ihr gerades Gegenteil. Die ursprünglich zum Schutze der Öffentlichkeit gedachte Bestimmung des § 5 wirkt sich also durch diese Praxis zu einer Gefahr für die Öffentlichkeit aus.

[29]) Vgl. über den Begriff der „Eigenverantwortung" Groschuff: JW. 1934, 2661 und die dort eingehend gewürdigte amtliche Erläuterung zum Ges. v. 5. Juli 1934 (DJ. 1934, 883). Die Wirkung ist also: Umwandlung in eine Einzelfirma oder in eine natürliche Personalgesellschaft unter Überführung aus dem B-Register ins A-Register (in Preußen).

[30]) Vgl. Groschuff: JW. 1934, 1823 ff

[31]) Böttcher-Meilicke, Umwandlung und Auflösung von AktG. und GmbH. S. 45, Note 4 a. E. zu § 9, u. S. 49, Note III 2 a zu § 10; Groschuff: JW. 1934, 1824 (sub c).

1934 im Ergebnis zur Bedeutungslosigkeit herabdrücken. Der Umweg, durch vorherige Abfindung der Mitgesellschafter die Kapitalgesellschaft in eine Einmann-Gesellschaft umzugestalten, wird wirtschaftlich selten gangbar sein[32]).

b) Hiernach ist als Ergebnis folgender Widerspruch festzustellen: 1. die Umwandlung in eine OHG. bzw. eine KommGes. ist ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens zulässig; 2. der Kaufmannsbegriff der §§ 1, 2, 6 Abs. 1, 105, 161 HGB. ist unberührt geblieben. Es fragt sich, ob dieser Widerspruch gelöst werden kann.

Ein Hindernis bildet Abs. 2 des § 11 (und § 12) UmwandlG. nicht. Dort ist bestimmt:

„Die OHG. (KommGes.) entsteht mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses; sie ist von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen."

Damit ist aber lediglich die „Entstehung" der „Gesellschaft", d. h. des Gesellschaftsbandes, also des Gesamthandverhältnisses, der Berechtigung und Verpflichtung „zur gesamten Hand" zwingend angeordnet, weil das Bedürfnis der Umwandlung bei Beteiligung einer Personenmehrheit Fiktion und Klarstellung des Nachfolgers mit konstitutiver Wirkung erfordert: freilich, ohne, daß dadurch eine der „juristischen Person" gleiche Rechtspersönlichkeit entstände[33]).

Über das weitere Schicksal der Personalgesellschaft ist aber nichts gesagt. Insbes. sind weder § 6 Abs. 1; § 4 Abs. 2 HGB. aufgehoben noch die §§ 105, 161 HGB. („Handelsgewerbe") geändert.

Infolgedessen erschöpft sich der Zweck des Ges. v. 5. Juli 1934 in der Klarstellung der „eigenverantwortlichen" Gesamthandsberechtigung und -verpflichtung. Diese sollte zunächst einmal erst herbeigeführt werden.

Das weitere Schicksal der Personalgesellschaft vollzieht sich aber in der Folgezeit selbstverständlich nach allgemeinem Handelsrecht und den hier von Judikatur und Literatur ausgearbeiteten Grundsätzen.

In dieser Hinsicht taucht die Frage auf, ob die Personalgesellschaft trotz Weiterbestehens eines Betriebes gelöscht werden kann, weil ihr die Kaufmannseigenschaft i. S. der §§ 1, 2 HGB. fehlt: insbes. weil es sich um ein Handwerk, Kleingewerbe oder sonst nichtkaufmännisches Unternehmen oder Nichtgewerbe handelt und infolgedessen die Gesellschaft keine Handelsgesellschaft (§ 6 Abs. 1 HGB.), sondern lediglich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist (§§ 705 ff. BGB.). Es taucht ferner die Frage auf, ob die Löschung nur auf Grund freiwilliger Anmeldung oder auch unter Zwang erfolgen kann; ob der Löschung eine Liquidation vorangehen muß oder nicht, bejahendenfalls, ob die Liquidation erzwingbar ist.

In dieser Hinsicht kann es zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß eine Amtslöschung der durch Umwandlung entstandenen OHG. oder KommGes. auf Grund des § 142 RFGG. nicht möglich ist. Denn, da sie — wie ausgeführt — „mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses entsteht" und „von Amts wegen" einzutragen ist, kann man nicht sagen: „die Eintragung in das Handelsregister sei bewirkt, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung (Handelsgewerbe!) unzulässig war." Überdies ist § 142 RFGG. eine sog. „Kann-Vorschrift", d. h. ihre Anwendung steht im sachgemäßen Ermessen des Richters: dieser hat „nicht nur das öffentliche Interesse, sondern auch jedes privatrechtliche Interesse" der Beteiligten und Dritter zu berücksichtigen[34]). Es liegt nun aber auf der Hand, daß zumindest die Beteiligten, die soeben die Kapitalgesellschaft in eine Personalgesellschaft umgewandelt haben, i. d. R. ein Interesse daran haben werden, daß unmittelbar nach Umwandlung die eben entstandene Personalgesellschaft nicht wieder gelöscht wird; ebensowenig wird man dem Gesetzgeber, der die Entstehung der Personalgesellschaft diktiert hat, widersprechen können durch die Feststellung, sein Diktat verletze öffentliche Interessen.

Anders aber liegt die Sachlage, wenn das Erlöschen der neuen Firma freiwillig angemeldet wird. Zwar darf der Richter der Anmeldung nicht stattgeben, wenn er Anhalt dafür hat, daß sie der wahren Sachlage nicht entspricht: liegt aber der Personalgesellschaft ein „Handelsgewerbe" i. S. der §§ 1, 2 HGB. nicht zugrunde, so entspricht die Anmeldung des Erlöschens der „Firma" der wahren Sachlage, weil nur „Kaufleute" zur Führung einer kaufmännischen „Firma" berechtigt sind (§§ 17 Abs. 1, 4 HGB.).

Ebensowenig stehen der freiwilligen Anmeldung der Liquidation der Personalgesellschaft Bedenken entgegen (§§ 131 Nr. 2, 161 Abs. 2, 145 HGB.). Die Liquidation der Personengesamtheiten ist eine lediglich interne Auseinandersetzungsliquidation und — im Gegensatz zur „Gläubigerbefriedigungsliquidation" der juristischen Person — nicht obligatorisch, sondern nur fakultativ. Infolgedessen kann sie auch ganz unterbleiben[35]). Die Gesellschafter haben es, wenn sie der „Firma" nicht bedürfen, in der Hand, die Auseinandersetzung auch ohne Eintragung der Liquidation ins Handelsregister als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705, 730 ff. BGB. i. Verb. m. §§ 105 Abs. 2, 161 HGB. zu vollziehen. Das gilt auch dann, wenn die Personalgesellschaft ein Grundstück zu eigen hat, weil auch der beglaubigte Auszug einer gelöschten Firma die letzten Inhaber ausweist und das Handelsregister nichts über Eigentumsverhältnisse aussagt. Auch diese Erwägungen sprechen dafür, die Anmeldung des unmittelbaren „Erlöschens" der Firma zuzulassen.

Ist aber freiwillige Anmeldung des „Erlöschens" der Firma zulässig, so ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht auch im Ordnungsstrafverfahren sollte erzwungen werden können; denn in beiden Fällen ist der „Grund" des Erlöschens derselbe „tatsächliche" Grund des Nichtvorhandenseins eines Handelsgewerbes[36]). „Nichtvorhandensein eines Handelsgewerbes" ist sachlich dasselbe wie „Aufgabe" des Handelsgewerbebetriebs, die bekanntlich bei Einzelfirmen unstreitig zum Erlöschen der Firma führt. Für Personengesamtheiten — die Personalgesellschaften des UmwandlG. sind nichts anderes — ist dies allerdings streitig. Verf. hat sich anderorts[37]) gegenüber der älteren Judikatur, die die Personengesamtheiten trotz mangelnder eigener Rechtspersönlichkeit den „juristischen Personen" gleich behandelt[38]), für die Gleichstellung mit Einzelfirmen eingesetzt und in einem neueren Beschluß des KG.[39]) eine Annäherung an seine Rechtsauffassung festgestellt; er hat ferner auf die dem KG. offenbar selbst unerwünschten Folgen der älteren Judikatur hingewiesen[40]), die es trotz Aufgabe des „Handelsgewerbes" ermöglichen, betriebslose Personengesamtheiten als Vermögensgesellschaften, insbes. als Grundstücksverwaltungsgesellschaften — ohne die Sicherung eines eingetragenen Grund- oder Stammkapitals — weiterzuführen; er hat seine Untersuchungen schließlich dahin zusammengefaßt: daß vorbehaltlich der im § 131 HGB. gesetzlich normierten Auflösungsgründe, insbes. der Ziff. 2, die Personengesamtheit nach § 31 Abs. 2 HGB. „erlischt" durch Verlust ihrer Eintragungsfähigkeit.

Es ist nun durchaus möglich, daß eine Gesellschaft, die als Kapitalgesellschaft bis zur Umwandlung ein „Handelsgewerbe" i. S. der §§ 1, 2 HGB. betrieb, von Eintragung

---

[32]) Auch die übrigen Bestimmungen der §§ 9—12 UmwandlG. betreffen — vom materiellen Firmenrecht abgesehen — nur Formalien, die den äußeren Aufbau der Personalgesellschaft betreffen. Über den Begriff der „Maßnahmen" in § 11 Abs. 2 vgl. Böttcher-Meilicke a. a. O. S. 50 (Note III 2c zu § 10) und Quassowski: DNotZ. 1934, 566.

[33]) Vgl. RG. 65, 230 f., 227 = JW. 1907, 303; RG. 68, 410, 412 = JW. 1908, 450 sowie JW. 1934, 944 ff.

[34]) KG. 1 b X 315/30; JFG. 1, 212; Joh. 44, 152 a. E.

[35]) Vgl. Groschuff, Firmenlöschung: JW. 1934, 945.

[36]) Über den Unterschied des Anmeldeverfahrens aus vorwiegend tatsächlichen Gründen (§§ 31 Abs. 2, 14 HGB., § 141 RFGG.) und des Amtslöschungsverfahrens aus vorwiegenden Rechtsgründen (§ 142 RFGG.) vgl. Groschuff: JW. 1934, 948, 949.

[37]) JW. 1934, 944 ff. sub c.

[38]) Z. B. OLG. 24, 171; RJA. 11, 42; DNotV. 1926, 491.

[39]) 1 b X 474/32.

[40]) JW. 1934, 946; JFG. 8, 142.

des Umwandlungsbeschlusses an als Personalgesellschaft sich unter Aufgabe des Handelsgewerbes sofort auf Vermögensverwaltung beschränkt. Hier wird — genau wie bei „späterer" Aufgabe des Handelsgewerbes — die Löschungsfrage sofort akut. Es ist nicht einzusehen, weshalb man diese Löschungsfrage nicht bejahen sollte, wenn die ehemalige Kapitalgesellschaft, die „ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns" hatte (§ 6 Abs. 2 HGB.), niemals ein „Handelsgewerbe" i. S. der §§ 1, 2 HGB. ausgeübt, die Kaufmannseigenschaft aber durch Umwandlung in eine Personalgesellschaft verloren hat (§ 6 Abs. 1 HGB.). Das sachliche Ergebnis ist dasselbe.

Zumindest müßte in entsprechender Anwendung der vorerwähnten Entscheidung des KG. (1 b X 474/32) die Erzwingbarkeit der Liquidationsanmeldung angenommen werden. Denn das KG. folgert dort trotz entgegenstehenden Willens der beteiligten Gesellschafter aus der Tatsache der Einstellung des „Handelsgewerbes" unter Berufung auf §§ 105, 161 HGB. den Auflösungstatbestand des Auflösungsbeschlusses nach § 131 Ziff. 2 HGB. Der „Einstellung des Handelsgewerbes" würde hier der trotz fehlenden Handelsgewerbes angemeldete (und eingetragene) Umwandlungsbeschluß entsprechen. Daß diese Auslegung auch wirtschaftlich möglich ist — ebenso, wie die hier in erster Linie vertretene Auffassung des „Erlöschens" der kaufmännischen Firma —, dafür spricht eine beim Berliner Registergericht stattgefundene Anfrage Beteiligter: diese wünschten Auskunft, ob es nicht möglich sei, eine AktG. in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umzuwandeln, da die Gesellschafter kein Handelsgewerbe betreiben und aus dem Handelsregister verschwinden wollten. Dieser Weg ist nicht gangbar im Hinblick auf §§ 9 ff. UmwandlG., die die Klarstellung der Gesamthandsberechtigung und -verpflichtung mit konstitutiver Wirkung bezwecken. Es ist aber — wie gezeigt — der Weg der nachträglichen freiwilligen Löschung möglich und damit m. E. auch der Weg erzwungener Löschung im Anmeldeverfahren geöffnet.

In dem nach § 31 Abs. 2 HGB., §§ 132 ff., 141 RFGG. einzuleitenden Ordnungsstrafverfahren bzw. amtlichen Erlöschensverfahren haben die Beteiligten die Möglichkeit des Einspruchs bzw. Widerspruchs. Diesen können sie darauf stützen, daß ein „Handelsgewerbe" — entgegen den bisherigen Ermittlungen — tatsächlich vorliege.

Es wäre erwünscht, daß durch eine DurchfVO. gem. § 16 UmwandlG. baldige Klarstellung erfolgt, wie die Registergerichte sich gegenüber den Personalgesellschaften zu verhalten haben, die nach allgemeinen Vorschriften keine Kaufmannseigenschaft besitzen.

Es wird vorgeschlagen, in Halbsatz 2 des Abs. 2 des § 11 hinter den Worten „sie ist von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen" anzufügen: „... sofern sie ein Handelsgewerbe betreibt. Andernfalls gilt sie als Gesellschaft bürgerlichen Rechts."

Der Strafrechtsirrtum im Steueranpassungsgesetz (StAnpG.)

Von Rechtsanwalt Dr. Kurt Peschke, Berlin

Mit dem 17. Okt. d. J. sind durch das StAnpG. (RGBl. I, 925 ff.) der § 36a DevVO., § 8 (5) VWG. und § 395 (2) RAbgO. in Kraft getreten, Vorschriften, welche ziemlich gleichlautend die Berücksichtigung des strafrechtlichen Irrtums auf diesen Sondergebieten einführen. Die Veranlassung war hierzu offenbar die gleiche, die früher die sog. IrrtumsVO. v. 18. Jan. 1917 und den § 358 a. F. RAbgO. entstehen ließ: Bei der Überflutung dieser Materien mit neuen Gesetzesbestimmungen erscheint die grundsätzliche Unerheblichkeit des Strafrechtsirrtums, wie sie die Rechtsprechung vertritt, nicht mehr dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprechend. Sind doch auch schon OLG. von der Judikatur des RG. in dieser Beziehung abgewichen[1]). Die Neuerungen ändern den bisherigen Rechtszustand nur in dieser ganz bestimmten Beziehung; der Grundsatz, daß Unkenntnis des Gesetzes nicht vor Strafe schützt, bleibt im übrigen aufrechterhalten. Deshalb muß im einzelnen Falle, wenn die neuen Strafvorschriften in Frage kommen, die Schuldfrage in erster Linie unabhängig von einem etwaigen Rechtsirrtum geprüft werden[2]). Es ist keineswegs so, daß bisher jeder Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit devisen- oder steuerrechtlicher Vorschriften unerheblich war. Die neuen Gesetze decken andererseits nicht etwa jeden Strafrechtsirrtum.

I. Um Klarheit über den Anwendungsbereich der Irrtumsbestimmungen zu gewinnen, muß kurz auf die viel umstrittene, aber in der Praxis durchaus herrschende Lehre des RG. über die Trennung des strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtums eingegangen werden. Aus § 59 StGB. folgert das RG., daß Vorsatz die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden oder die Strafbarkeit erhöhenden Tatumstände ist, Fahrlässigkeit die auf Mangel an Vorsicht und Voraussicht beruhende Unkenntnis derselben. Tatumstände sind die Tatsachen, die unter die entsprechenden im Gesetz verwandten Strafrechtsbegriffe fallen, nicht aber diese Strafrechtsbegriffe selbst. So ergibt sich für die herrschende Strafrechtslehre, daß Irrtum über Tatsachen den Vorsatz, unverschuldeter Irrtum darüber die Fahrlässigkeit ausschließt, daß aber der Irrtum über die Strafrechtsbegriffe schlechthin unbeachtlich ist. Der unbeachtliche Irrtum ist also stets Begriffs- (Subsumtions-) Irrtum, aber nicht jeder Begriffsirrtum ist unbeachtlich. Denn zu den „Tatumständen" i. S. des § 59 StGB. können auch Rechtsvorschriften jeder Art gehören, über die man begrifflich und beachtlich irren kann. Man muß also zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Begriffen unterscheiden, und hier beginnt bei den einzelnen Strafgesetzen die Schwierigkeit. Nur solche Rechtsbegriffe gehören zum Strafgesetz, die sich in ihm unmittelbar finden. Es kann nun aber eine Strafandrohung für sich besonders formuliert, aber so eng mit einer anderen Bestimmung verknüpft sein, daß beides einen einheitlichen Tatbestand ergibt. Das ist regelmäßig der Fall, wenn dasselbe Gesetz ein Gebot oder Verbot ausspricht und dann in einer besonderen Bestimmung eine Strafe auf die Zuwiderhandlung setzt. Anders liegt es bei den sog. Blankettstrafgesetzen: Hier wird eine Strafe angedroht für Tatbestände, die außerhalb des Gesetzes liegen und erst wieder von anderen staatlichen Organen bestimmt werden; ein Irrtum über die Merkmale solcher „ausfüllenden Normen" wird als außerstrafrechtlicher Irrtum vom RG. bewertet[3]).

II. Wenn § 36a DevVO. erklärt, daß der Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit devisenrechtlicher Vorschriften straffrei machen oder nur die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit begründen kann, so sind damit solche devisenrechtlichen Vorschriften gemeint, die zum Tatbestande des einzelnen Strafgesetzes gehören.

Im § 36 DevVO. bilden die im Abs. 1 Nr. 1—5 angeführten Vorschriften, deren Verletzung mit Strafe bedroht wird, mit dieser Strafandrohung ein einheitliches Strafgesetz. Ein Irrtum über die in den §§ 3—10, 12—20 verwandten Begriffsmerkmale ist ein Strafrechtsirrtum und war bisher unerheblich[4]). Das hat sich also jetzt geändert. Wer z. B. Travellerschecks nicht für Zahlungsmittel im Sinne der DevVO. gehalten hat, wer die im § 21 bestimmte Freigrenze nicht gekannt hat, kann sich jetzt auf solchen Rechtsirrtum berufen. Kein Rechtsirrtum, sondern ein nach § 59 StGB. zu beurteilender Tatsachenirrtum liegt dagegen vor, wenn der

[1]) OLG. Karlsruhe v. 10. März 1932; Jena v. 9. Dez. 1932; JW. 1932, 1025; 1933, 479[18].
[2]) 1. StrSen. v. 10. Mai 1927: RGSt. 61, 238.
[3]) Vgl. z. B. 1. StrSen. v. 3. Juli 1913: RGSt. 47, 282.
[4]) 3. StrSen. v. 27. Okt. 1932: RGSt. 66, 401; 1. StrSen. v. 7. Febr. 1933: RGSt. 67, 114 = JW. 1933, 950.

Täter einen Sachverhalt als gegeben angenommen hat, der, wenn er richtig wäre, nicht unter die strafrechtlichen Begriffe fiele. Wer z. B. eine vor der DevVO. erteilte Verfügungsvollmacht an einen Ausländer, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes hätte widerrufen werden müssen, deshalb nicht widerruft, weil er glaubt, er sei zivilrechtlich am Widerruf gehindert, irrt in tatsächlicher Hinsicht[5]); ebenso derjenige, der eine ihm erteilte Genehmigung falsch auslegt und deshalb eine Zuwiderhandlung für erlaubt hält[6]). Insbesondere bei dem in sich geschlossenen Tatbestande des § 36 Nr. 7 (Erschleichen einer Genehmigung) ist die Einwendung des Täters, daß er über die Erheblichkeit seiner falschen oder unvollständigen Angaben im Irrtum gewesen sei, eine reine Tatfrage, deren Bejahung den nach diesem Tatbestande erforderlichen Vorsatz ausschließt.

Dagegen kann man über das Verhältnis des § 36 Abs. 1 Nr. 6 DevVO. zu den Bestimmungen der 1. DurchfVO. verschiedener Meinung sein. Der 2. StrSen. hat den entsprechenden § 18 Abs. 1 Nr. 6 DevVO. 1931 für ein offenes Strafgesetz erklärt, einen Irrtum über die Anbietungspflichten also nach § 59 StGB. beurteilt, während jetzt der 3. StrSen. den § 36 Nr. 6 und die 1. DurchfVO. als einheitliches Strafgesetz auffaßt[7]).

III. Es fragt sich, ob die Ergänzung des § 8 VWG. durch den dem § 36a DevVO. analogen Abs. 5 notwendig war. Schon bisher haben Sondergerichte einen Irrtum über die Anzeigepflicht als erheblich angesehen[8]). M. E. läßt sich diese Rechtsprechung durchaus mit der Judikatur des RG. vereinen[9]), wozu allerdings das RG. selbst nicht Stellung nehmen konnte. Es hat aber in einer früheren Entscheidung[10]) für einen gleichen Tatbestand, bei dem die vorsätzliche Unterlassung einer in demselben Gesetz bestimmten Anzeigepflicht in Frage stand, folgende Grundsätze aufgestellt: Vorsätzlich kann Ungehorsam nur begehen, wer Kenntnis von dem Befehle hat oder doch mit dem Bestehen eines solchen rechnet. Dabei ist es gleichgültig, ob der Täter wußte, daß die Nichterfüllung der Anzeigepflicht mit Strafe bedroht sei. Der Irrtum über die Strafbarkeit vermag ihn nach allgemeinen Grundsätzen nicht zu entschuldigen. Dagegen muß ihm nach den begrifflichen Voraussetzungen für vorsätzliche Unterlassungen das Bewußtsein von der Pflicht nachgewiesen sein, unter den gegebenen Umständen nicht untätig zu bleiben, sondern zu handeln, und zwar Anzeige zu erstatten. Gehört dieses Bewußtsein unerläßlich zum Vorsatz, so ist es gleichgültig, ob die Verpflichtung, deren Erfüllung unterbleibt, sich aus einer besonderen gesetzlichen oder behördlichen Anordnung außerhalb des Strafgesetzes ergibt oder unmittelbar aus dem Gesetz, das die Unterlassung mit Strafe bedroht. —

Die Frage ist nunmehr durch die positive Gesetzesbestimmung, daß der Irrtum über die Anzeigepflicht nach § 8 (5) VWG. zu beurteilen sei, entschieden. Offen bleibt die Frage, in welchem Umfange danach beim VWG. strafrechtlicher Irrtum in Betracht kommt. Nur der Irrtum über die Anzeigepflicht soll erheblich sein, wobei ausdrücklich auf die §§ 1 bis 5 VWG. verwiesen wird. Zweifellos fällt also z. B. derjenige unter § 8 (5), der verkannt hat, daß er zu den in § 4 aufgeführten Personen gehört. Es kann sich aber wohl auch derjenige auf § 8 (5) berufen, der sich über die Anzeigepflicht geirrt hat, welche durch die neu gefaßten Bestimmungen, insbes. § 7 VWG., in Ergänzung der §§ 1—5 statuiert worden ist. Wer diese neue Anzeigepflicht nicht gekannt oder mißverstanden hat, muß, wenn das Verfahren nach § 35 StAnpG. wieder gegen ihn aufgenommen wird, auch diesen Irrtum geltend machen können.

Zweifelhaft ist die Rechtslage bei den nachträglichen Devisenanmeldungen, welche § 23 DurchfVO. vorschreibt, der eine besondere, mit dem VWG. nicht zusammenhängende Straffreiheit begründet. Ein Irrtum über diese Bestimmungen kann nach § 36 (1) Nr. 6 DevVO. gemäß den obigen Ausführungen als außerstrafrechtlicher aufgefaßt werden.

IV. Der neue Abs. 2 des § 395 RAbgO. enthält nur eine Erweiterung der für das Steuerstrafrecht bisher schon geltenden Berücksichtigung des Rechtsirrtums. über die Bedeutung dieser Bestimmung sei hier nur folgendes gesagt[11]):

§ 396 RAbgO. gibt einen Tatbestand der Steuerhinterziehung, ohne ausdrücklich auf andere gesetzliche Vorschriften zu verweisen. Die in dem Tatbestand verwandten Begriffe, z. B. derjenige des „Steuervorteils", den der Täter als nicht gerechtfertigt zum eigenen oder fremden Vorteil „erschlichen" haben muß, ist mithin ein strafrechtlicher Begriff. Aus welchen Merkmalen er sich aber zusammensetzt, steht in den einzelnen Steuergesetzen. Daher ist für den Vorsatz der Nachweis erforderlich, daß der Täter durch seine Handlungsweise sein Vermögen vor einer Verminderung durch Steuerabgaben schützen wollte, daß er also sich über die Berechtigung der Steuerforderung im klaren war. Ein Irrtum hierüber, insbes. also über Vorschriften, durch die eine Steuerpflicht begründet wird, schließt den Vorsatz aus[12]). Im Steuerstrafrecht tritt der § 395 RAbgO. an Bedeutung hinter den § 59 StGB. daher erheblich zurück.

V. Eine genaue Unterscheidung des strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtums ist sowohl für die Art der Feststellung wie für die Rechtsfolgen von großer Bedeutung. Nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ist der Strafrechtsirrtum, wo er auf Grund einer derartigen Sonderbestimmung beachtet werden muß, ein Umstand, der außerhalb des strafrechtlichen Tatbestandes liegt[13]). Der strafrechtliche Wille wird von ihm nicht berührt. Daraus ergibt sich eine verschiedene Behandlung bei der strafprozessualen Feststellung: Die strafrechtliche Schuld muß voll bewiesen werden; Zweifel an der Schuld ergeben ihre Verneinung. Der Strafrechtsirrtum muß nachgewiesen werden; Zweifel an ihm verhindern die Feststellung, daß der Täter die Tat für erlaubt gehalten habe[14]).

Dies ist nicht dahin mißzuverstehen, als ob der Beschuldigte bezüglich des Rechtsirrtums irgendeine Beweislast trüge[15]). Es muß vielmehr von Amts wegen auch ohne einen ausdrücklichen Einwand des Beschuldigten, wenn nur die Umstände dies irgend nahelegen, die Möglichkeit des Rechtsirrtums geprüft werden. Das Gericht muß aber, will es ihn bejahen, die volle Überzeugung davon erlangen, daß der Angeklagte die Tat für erlaubt gehalten hat, d. h. erlaubt nach Devisenrecht, Steuerrecht, VWG. Daß er seine Handlung nach jeder Richtung hin für erlaubt hielt, daß er sie auch nicht z. B. als Verletzung eines anderen Strafgesetzes, etwa des Verbotes der Untreue, erkannte, ist dagegen nicht erforderlich[16]). Der Täter verwirkt die Wohltat des Gesetzes nicht dadurch, daß er zugleich in Tateinheit gegen andere Gesetze verstößt. Handelt er aber in idealer Konkurrenz mehreren Devisen- oder Steuervorschriften entgegen, so muß er hinsichtlich jeder einzelnen Bestimmung sich im Rechtsirrtum befunden haben, da er ja die einheitliche Tat nicht mehr für erlaubt halten konnte, wenn sie auch nur in einer Hinsicht gegen eine dieser Vorschriften verstieß[17]). War sich der Täter der Möglichkeit bewußt, daß seine Handlung durch diese Sondergesetze verboten war, hat er aber trotzdem auf diese Gefahr hin gehandelt, so schließt dieser dolus eventualis den Rechtsirrtum aus[18]).

Erst wenn feststeht, daß der Täter wirklich in dem Bewußtsein, etwas Erlaubtes zu tun, gehandelt hat, kann die nächste Frage entschieden werden, ob sein Irrtum unverschuldet oder durch einen Mangel an Sorgfalt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen persönlichen Ver-

[5]) 1. StrSen. v. 2. Juni 1933: JW. 1933, 1774[10].
[6]) 1. StrSen. v. 12. Juni 1934: JW. 1934, 2339[12].
[7]) 2. StrSen. v. 21. Juli 1934: RGSt. 68, 225 = JW. 1934, 2414[12]; 3. StrSen. v. 4. Okt. 1934: JW. 1934, 3059[10].
[8]) Sondergericht München v. 16. Mai 1934: JW. 1934, 2090[1].
[9]) And. Anf. Hartenstein Fußn. a. a. O.
[10]) 1. StrSen. v. 10. Juni 1918: RGSt. 52, 99 ff.
[11]) Vgl. Näheres in der Ztschr. für Steuerfragen 1922, 23 ff. vom Verf.
[12]) 1. StrSen. v. 21. Febr. 1930: RGSt. 64, 25 ff.
[13]) Gegen diese Konstruktion Mezger, Strafrecht, 1931, 333.
[14]) 4. StrSen. v. 4. Dez. 1917: RGSt. 51, 305; 1. StrSen. v. 22. Mai 1919: RGSt. 53, 81 (85); 2. StrSen. v. 4. Juni 1934: RGSt. 68, 187 (191) = JW. 1934, 2155.
[15]) 1. StrSen. v. 18. Febr. 1918: LZ. 1918, 610 Nr. 5.
[16]) 1. StrSen. v. 26. Nov. 1917: LZ. 1918, 442 Nr. 9.
[17]) BayObLG. v. 10. Jan. 1918: Mitt. f. PreisprSt. 1918, 66.
[18]) 5. StrSen. v. 10. Juli 1917: RGSt. 51, 161 (165).

hältnissen fähig war, verursacht wurde. Die umfangreiche Rechtsprechung über den verschuldeten Rechtsirrtum zur früheren Irrtumsverordnung wird hier entsprechend anzuwenden sein. Es ist zu fragen, wie der Täter seinem Irrtum gegenübergestanden hat. Er kann an der Richtigkeit seiner Meinung nicht gezweifelt haben, es können ihm auch Zweifel von anderer Seite nicht nahegelegt worden sein. Dann ist zu prüfen, ob er nach seiner Persönlichkeit und seiner Stellung im Leben sich die Kenntnis des Gesetzes verschaffen konnte und mußte. Die grundsätzlichen Bestimmungen der DevVO., z. B. das Verbot, Zahlungsmittel ins Ausland zu senden, sind infolge der vielfachen öffentlichen Erörterungen so allgemein bekannt, daß nur in Ausnahmefällen eine Unkenntnis hierüber verzeihlich erscheinen kann. Einen strengeren Maßstab als an andere Volksgenossen wird man hierbei an den Kaufmann, den Bankier usw. legen müssen. Der Täter kann weiter die Vorschrift zwar selbst gekannt, aber sie mißverstanden haben. Dann muß untersucht werden, ob ihm die richtige Überlegung zuzumuten war und ob er mit Hilfe anderer, besonders durch Einholung einer Auskunft, sich hätte belehren lassen können. Es kann nicht das Verschulden einfach damit begründet werden, daß er sich hätte erkundigen müssen[19]). Alle Umstände, die den Irrtum hervorgerufen haben, müssen gewürdigt werden. Es kann sich ergeben, daß ein Festhalten an dem Irrtum nicht zum Vorwurf gereicht, wenn z. B. der Täter die in den Kreisen seiner Fachgenossen allgemein als richtig geltende Meinung geteilt hat, oder wenn er gar durch eine unrichtige Auskunft oder falsche Handhabung der Behörde irregeleitet wurde[20]). Erst wenn der Täter selbst Bedenken gegen seine Meinung hatte oder erkannte, daß solche Zweifel bestünden, sind an seine Erkundigungspflicht strengere Anforderungen zu stellen[21]). Es würde aber zu weit gehen, etwa bei Devisenvorschriften stets eine Erkundigung bei der Devisenstelle zu verlangen. Ebenso wie im Steuerrecht die Steuerbehörde nicht als ausschließliche Auskunftsstelle zu gelten hat[22]), kann auch in Devisenfragen die Auskunft einer anderen Behörde oder einer Person, die der Betreffende für zuverlässig halten konnte, z. B. eines Anwalts, genügen.

VI. Beruht der strafrechtliche Irrtum, was wiederum nachgewiesen werden muß, nicht auf Verschulden, dann macht er straffrei, ist er verschuldet, dann tritt, im Gegensatz zur früheren Irrtumsverordnung, nur Bestrafung wegen Fahrlässigkeit ein. Es kann also in Devisensachen nur auf Geldstrafe erkannt werden.

Im Einklang mit der früheren Irrtumsverordnung bildet der Strafrechtsirrtum nur einen persönlichen Strafbefreiungs- bzw. Strafmilderungsgrund[23]). Teilnehmer und Begünstiger der Straftat können sich also auf fremden Rechtsirrtum nicht berufen. Eine weitere Folge ist aber auch, daß, ebenso wie früher die Einziehung übermäßigen Gewinns bei der PreisstrVO., die in § 36 (5) DevVO. vorgesehene Einziehung noch gegen den Freigesprochenen evtl. im objektiven Verfahren festgesetzt werden kann. Denn auch bei dieser Einziehung handelt es sich nach der herrschenden Rechtsprechung um eine Sicherungsmaßnahme, nicht um eine Nebenstrafe[24]).

Daß die Irrtumsvorschriften mit ihrem Inkrafttreten auch auf die vorher begangenen Handlungen Anwendung finden, ist selbstverständlich[25]). In der RevInst. können sie aber, wenn sie zur Zeit des nachzuprüfenden Urteils noch nicht in Kraft waren, trotz § 2 Abs. 2 StGB. nicht angewandt werden[26]).

[19]) 4. StrSen. v. 6. Juli 1917: RGSt. 51, 154 (160).
[20]) 5. StrSen. v. 16. Okt. 1917: RGSt. 51, 246.
[21]) 4. StrSen. v. 4. Mai 1917: RGSt. 50, 309 (312).
[22]) 2. StrSen. v. 2. Mai 1927: RGSt. 61, 259 (263); OLG. Dresden v. 14. Juni 1932: JW. 1934, 343[3].
[23]) 1. StrSen. v. 22. Mai 1919: RGSt. 53, 81 ff.
[24]) KG. v. 18. April 1934: JW. 1934, 1373[10].
[25]) 1. StrSen. v. 29. April 1918: LZ. 1918, 755 Nr. 8.
[26]) 3. StrSen. v. 14. März 1908: RGSt. 41, 177 und v. 12. Febr. 1917: LZ. 1917, 467.

Die Änderung des Volksverratsgesetzes

Von Regierungsrat im Reichswirtschaftsministerium Dr. Karl Schultze-Schlutius, Berlin

Durch Abschn. III des StAnpG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 925 ff.) sind verschiedene Bestimmungen des Volksverratsgesetzes (VolksVG.) v. 12. Juni 1933 (RGBl. I, 360 ff.) geändert worden. Die Umgestaltung, die nach den Ergebnissen der Rechtsprechung und wegen gewisser wirtschaftlicher Schwierigkeiten, die bei der Durchführung des VolksVG. aufgetreten waren, notwendig geworden war, bezieht sich im wesentlichen auf eine Verlängerung der Anzeigefrist bis zum 31. Dez. 1934, eine Abschwächung der Strafandrohung für Fälle von minderer Bedeutung, eine Berücksichtigung des Irrtums und eine Streichung der bisher im VolksVG. enthalten gewesenen Entdeckungsbestimmungen (§ 7 Abs. 3 und 4 VolksVG. a. F. und § 23 Abs. 4 DurchfVO. zum VolksVG. a. F.). Außerdem bietet die neue Fassung des § 23 DurchfVO. z. VolksVG. unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, auch wegen Devisenzuwiderhandlungen, die vor dem Inkrafttreten des VolksVG., dem 14. Juni 1933, oder in der Zeit vom Inkrafttreten des VolksVG. bis zum Inkrafttreten des StAnpG., also in der Zeit vom 14. Juni 1933 bis 17. Okt. 1934, begangen worden sind, Straffreiheit zu erlangen. Die weiteren Bestimmungen gewähren Straffreiheit in bereits abgeschlossenen oder noch schwebenden Strafverfahren, die ein Vergehen nach dem VolksVG. oder eine Devisenzuwiderhandlung, die mit einem Vergehen nach dem VolksVG. zusammenhängt, zum Gegenstand haben.

Im einzelnen ist zu den neuen Bestimmungen folgendes zu bemerken:

1. Die in § 22 StAnpG. vorgesehene Verlängerung der am 31. Okt. 1933 abgelaufenen Frist zur Abgabe der Volksverratsanzeige setzt keine neue Frist in Lauf, sondern hat rückwirkende Kraft. Es wird keine neue Anzeigepflicht begründet, sondern nur von neuem vorübergehend die Möglichkeit eröffnet, der im VolksVG. vorgesehenen Anzeigepflicht nachträglich nachzukommen. Wer seiner Anzeigepflicht seinerzeit fristgemäß und ordnungsmäßig genügt hatte, braucht nicht noch einmal anzuzeigen.

2. Personen, die am 1. Juni 1933 anbietungspflichtige — nach den Devisenbestimmungen der Reichsbank anzubieoder die am 1. Juni 1933 im Ausland befindliche anzeigepflichtige Vermögensstücke besaßen, können die Anzeigepflicht noch bis zum Ablauf des 31. Dez. 1934 erfüllen und damit Straffreiheit wegen der mit den angezeigten Werten mittelbar oder unmittelbar zusammenhängenden Steuer- und Devisenzuwiderhandlungen erlangen (§ 7 Abs. 1 VolksVG. i. d. Fass. des § 23 Ziff. 4 StAnpG.).

3. Sofern anbietungspflichtige Devisen, die am 1. Juni 1933 vorhanden waren und auch heute noch vorhanden sind, bis zum 31. Dez. 1934 der Reichsbank nachträglich unmittelbar oder durch Vermittlung einer Devisenbank angeboten werden, bedarf es, wie bisher, insoweit hinsichtlich der Devisen einer Volksverratsanzeige nicht. Die erörterte Straffreiheit wegen Devisenzuwiderhandlungen wird in diesem Falle ohne weiteres durch die fristgerechte nachträgliche Anbietung der Devisen erlangt (§ 3 Abs. 2 Ziff. 2 VolksVG. und § 23 Abs. 1 DurchfVO. z. VolksVG. i. d. Fass. des § 24 Ziff. 3 StAnpG.). Dies gilt nicht, soweit die Devisen gleichzeitig als im Ausland befindliche Vermögensstücke anzeigepflichtig sind — z. B. Guthaben von 10000 Gulden bei einer holländischen Bank —. In diesem Falle muß zur Vermeidung einer Zuwiderhandlung gegen das VolksVG. und zur Erlangung der Straffreiheit wegen Steuerzuwiderhandlungen eine Volksverratsanzeige erstattet werden (§ 3 Abs. 2 letzter Satz VolksVG.), die gleichzeitig die erörterte Anbietung der Devisen enthält und damit gleichzeitig zur Straffreiheit wegen den Devisenzuwiderhandlungen führt.

4. Wenn über anbietungspflichtige Devisen, die am

1. Juni 1933 vorhanden waren, vor dem Inkrafttreten des VolksVG., dem 14. Juni 1933, verbotswidrig verfügt oder aus einem anderen Grunde die Anbietung dieser Devisen rechtlich oder tatsächlich unmöglich geworden ist, ist insoweit eine Volksverratsanzeige zur Erlangung der Straffreiheit wegen Devisenzuwiderhandlungen ebenfalls nicht erforderlich. Auch hier ist aber wie zu Ziff. 3 auf eine etwa bestehende Anzeigepflicht wegen gleichzeitig vorliegender Eigenschaft der Devisen als ausländische Vermögensstücke zu achten. Soweit Devisen vor dem 14. Juni 1933 unmittelbar oder mittelbar zum Erwerb von Nichtdevisen verwendet worden sind, die als im Ausland befindliche Vermögensstücke nach dem VolksVG. anzeigepflichtig sind (§ 1 Abs. 1 Ziff. 1 und § 2 VolksVG.), ist eine Aufnahme dieser Devisen in die Volksverratsanzeige neben der Anzeige der erworbenen anzeigepflichtigen ausländischen Vermögensstücke ebenfalls nicht notwendig (§ 3 Abs. 2 Ziff. 1 VolksVG. und § 7 Abs. 3 VolksVG. n. F.). Desgleichen bedarf es einer Volksverratsanzeige nicht, wenn über anbietungspflichtige Devisen vor dem 1. Juni 1933 oder über anbietungspflichtige Devisen, die nach dem 1. Juni 1933 erworben sind, bis zum Inkrafttreten des StAnpG. v. 16. Okt. 1934 ohne Genehmigung verfügt und daher oder aus einem anderen Grunde die seinerzeit unterlassene Anbietung unmöglich geworden ist. In diesen Fällen kann Straffreiheit wegen der unterlassenen Anbietung und der sonst mit den fraglichen Devisen zusammenhängenden Devisenzuwiderhandlungen — z. B. ungenehmigter Erwerb oder ungenehmigte Verfügung — dadurch erlangt werden, daß die Devisen unter Darlegung des Sachverhalts bis zum 31. Dez. 1934 der Reichsbank angezeigt und auf Verlangen der Reichsbank innerhalb einer von ihr zu bestimmenden Frist Ersatzdevisen angeboten werden (§ 7 Abs. 1 und 3 VolksVG. n. F. und § 23 Abs. 2 und 3 DurchfVO. z. VolksVG. n. F.).

5. Soweit die Anbietung von nicht angebotenen Devisen, die am 1. Juni 1933 und am 14. Juni 1933, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des VolksVG., vorhanden waren, in der Zeit bis zum 17. Okt. 1933, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des StAnpG., unmöglich geworden ist, müssen die Devisen zur Erlangung der Straffreiheit in der Volksverratsanzeige angezeigt werden, da die Volksverratsanzeige den Stand v. 1. Juni 1933 erfaßt. Darüber hinaus ist die unter Ziff. 4 dargelegte Anbietung von Ersatzdevisen an die Reichsbank erforderlich (§§ 1 Abs. 1 Ziff. 2, 3 Abs. 1 und 2 Ziff. 1 VolksVG. i. Verb. m. § 7 Abs. 1 VolksVG. n. F. und § 23 Abs. 2 und 3 DurchfVO. z. VolksVG. n. F.).

6. Die Neufassung des § 23 DurchfVO., bei der an Stelle der Bezeichnung „Devisen" die Bezeichnung „Werte" getreten ist, eröffnet aber nicht nur die Möglichkeit einer Straffreiheit für Zuwiderhandlungen, die sich auf bisher nicht angebotene Devisen nach der Legaldefinition des § 3 VolksVG. beziehen. Es werden vielmehr auch die Fälle erfaßt, in denen sonstige anbietungspflichtige Werte der Reichsbank den Bestimmungen zuwider bis zum Inkrafttreten des StAnpG. nicht angeboten worden sind. Es handelt sich hier um die durch Art. V § 13 der 8. DurchfVO. z. DevVO. v. 17. April 1934 (RGBl. I, 313) und durch § 5 der 9. DurchfVO. zur DevVO. v. 15. Juni 1934 (RGBl. I, 510) begründete Anbietungspflicht hinsichtlich gewisser inländischer Werte. Bei diesen handelt es sich

a) um Forderungen in inländischer Währung, die Inländern gegen Ausländer oder Saarländer zustehen,
b) um Wechsel und Schecks, die für solche Forderungen gegeben worden sind,
c) um inländische, auf Reichsmark, Goldmark oder einen Sachwert lautende Wertpapiere, die ein Inländer unentgeltlich von einem Ausländer erworben hat,
d) um Forderungen in inländischer Währung gegen Ausländer oder Saarländer sowie für solche Forderungen etwa gegebene Wechsel und Schecks, die Personen zustehen, welche die Inländereigenschaft erworben haben und
e) um inländische auf Reichsmark, Goldmark oder einen Sachwert lautende Wertpapiere, die eine Person, welche die Inländereigenschaft erworben hat, im Besitz hat.

Sofern diese Werte bei Inkrafttreten des StAnpG. der Reichsbank noch nicht angeboten und noch vorhanden sind, kann Straffreiheit wegen der bisher unterlassenen Anbietung durch Anbietung dieser Werte an die Reichsbank bis zum 31. Dez. 1934 erlangt werden (§ 23 Abs. 1 DurchfVO. n. F.). Ist diese Anbietung rechtlich oder tatsächlich nicht mehr möglich, so kann Straffreiheit dadurch erworben werden, daß die bisher nicht angebotenen Werte der Reichsbank bis zum 31. Dez. 1934 angezeigt und daß auf Verlangen der Reichsbank Ersatzdevisen i. S. der Legaldefinition des § 3 VolksVG. innerhalb einer von der Reichsbank zu bestimmenden Frist angeboten werden.

7. Nach dem bisher Erörterten besteht demnach für alle Personen die Möglichkeit einer weitgehenden Amnestie, und zwar bezüglich aller Devisenzuwiderhandlungen, die begangen worden sind hinsichtlich der angezeigten Werte und hinsichtlich der Zahlungsmittel und der sonstigen Werte, die zum Erwerb der angezeigten Werte mittelbar oder unmittelbar verwendet worden sind.

Diese Straffreiheit erfaßt alle Fälle, in denen subjektiv und objektiv anbietungspflichtige Werte vorhanden sind oder waren, und zwar sowohl die unterlassene Anbietung als auch Devisenvergehen, die beim Erwerb der fraglichen Werte oder bei einer Verfügung über diese Werte begangen worden sind, sofern nach Lage des Falles entsprechend den Ausführungen in Ziff. 2—6 eine Volksverratsanzeige erstattet wird oder die fraglichen Werte an die Reichsbank abgeliefert oder der Reichsbank angezeigt werden und, wenn die Reichsbank es verlangt, Ersatzdevisen innerhalb einer bestimmten Frist angeboten werden. Hierbei ist zu beachten, daß die Reichsbank von dem Verlangen der Anbietung von Ersatzdevisen absehen kann. Ob und inwieweit sie von dieser Ersatzanbietung absieht, wird sich nach der Lage des zur Entscheidung stehenden Einzelfalles richten.

Wer z. B. im Okt. 1933, also nach dem Inkrafttreten des VolksVG., Reichsmarkbeträge verbotswidrig ins Ausland verschoben und dafür ein Bankguthaben in fremder Währung erworben hat, geht straffrei aus, wenn er dieses Bankguthaben, sofern es noch in voller Höhe des seinerzeit aufgewendeten Reichsmarkbetrages vorhanden ist, bis zum 31. Dez. 1934 der Reichsbank unmittelbar oder durch Vermittlung einer Devisenbank zum Einzug anbietet. Sofern das Guthaben nicht mehr oder nicht mehr in voller Höhe des seinerzeit aufgewendeten Reichsmarkwertes vorhanden ist, muß neben einer gegebenenfalls erforderlichen Ablieferung des etwa noch vorhandenen Bestandes der Tatbestand der Reichsbank bis zum 31. Dez. 1934 angezeigt und müssen auf Verlangen der Reichsbank innerhalb einer bestimmten Frist Ersatzdevisen, für die selbstverständlich der Reichsmarkgegenwert dem Anzeiger ausbezahlt wird, angeboten werden.

Das gleiche gilt, wenn jemand seit Beginn der Devisenbewirtschaftung, z. B. durch Gewährung von Überpreisen bei der Einfuhr oder durch Gewährung von Geheimrabatten oder Berechnung von Unterpreisen bei der Ausfuhr im Ausland Gewinne aufgespeichert hat. Auch hier kann er auf die geschilderte Weise Straffreiheit erlangen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß Devisen, die am 1. Juni 1933 vorhanden und auch am 14. Juni 1933, dem Tag des Inkrafttretens des VolksVG., noch vorhanden waren, oder die am 1. Juni 1933 im Ausland befindliche Vermögensstücke waren, in die Volksverratsanzeige aufgenommen werden müssen; daneben bedarf es einer Anzeige an die Reichsbank und einer Anbietung von Ersatzdevisen in Höhe der am 14. Juni 1933, dem Tag des Inkrafttretens des VolksVG., nicht mehr vorhandenen Devisen.

Desgleichen kann z. B. jemand, der nach Inkrafttreten der 8. DurchfVO. z. DevVO. über anbietungspflichtige Reichsmarkforderungen gegen Ausländer ohne Genehmigung, z. B. durch Verrechnung, verfügt hat, Straffreiheit erlangen, wenn er die Vorgänge der Reichsbank bis zum 31. Dez. 1934 anzeigt und auf Verlangen der Reichsbank Ersatzdevisen anbietet. Hat er vor dem Inkrafttreten der 8. DurchfVO. ohne Genehmigung über Reichsmarkforderungen gegen einen Ausländer durch Verrechnung verfügt, so kann Straffreiheit nicht erlangt werden, da die Straftat mit anbietungspflichtigen Werten im Zusammenhang stehen muß und Reichsmarkforde-

rungen an Ausländer erst vom Inkrafttreten der 8. DurchfVO. an anbietungspflichtig waren. Wer Werte ins Ausland verbracht, dafür ein Guthaben bei einer ausländischen Bank erworben und gleichzeitig seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt hat, also devisenrechtlich Ausländer geworden ist, kann keine Straffreiheit erlangen, da in diesem Falle keine Anbietungspflicht entstanden und verletzt ist, es sei denn, daß der Betreffende vor dem Inkrafttreten des StAnpG. wieder devisenrechtlich Inländer und damit anbietungspflichtig geworden ist.

8. Die Straffreiheit tritt unter den geschilderten Voraussetzungen auch dann ein, wenn bereits ein Ermittlungs- oder Strafverfahren schwebt oder die Devisenzuwiderhandlungen der Reichsbank, einer anderen bei der Devisenbewirtschaftung mitwirkenden Stelle oder einer Strafverfolgungsbehörde bereits bekannt sind, da die entsprechenden Entdeckungsvorschriften des § 7 Abs. 3 und 4 VolksVG. a. F. und des § 23 Abs. 4 DurchfVO. z. VolksVG. a. F. durch das StAnpG. gestrichen sind.

9. Entsprechend dieser Regelung werden durch § 29 StAnpG. und § 23 Abs. 5 DurchfVO. z. VolksVG. n. F. alle bei Gericht, bei einer Devisen- oder Zollfahndungsstelle, einem Finanz- oder Zollamt oder beim RWiG. anhängigen Strafverfahren eingestellt, die i. S. des § 31 mit einer Zuwiderhandlung gegen das VolksVG. zusammenhängen oder die durch § 23 Abs. 1, 2 und 3 in neuer Fassung erfaßt werden. Das sind die Strafverfahren, die sich auf Devisenzuwiderhandlungen beziehen, die mit Werten zusammenhängen, die der Anzeigepflicht nach dem VolksVG. unterliegen oder die mit nur anbietungspflichtigen, der Volksverratsanzeige nicht unterliegenden Werten im Zusammenhang stehen.

Desgleichen werden duch §§ 29 Abs. 2, 30 Abs. 1 und 2, 32 und 33 StAnpG. bereits rechtskräftig verhängte Strafen erlassen. Im Gegensatz zu der eben behandelten Einstellung von Strafverfahren bezieht sich dieser Erlaß jedoch nur auf die Strafen, die wegen Devisenzuwiderhandlungen verhängt sind, die sich auf anzeigepflichtige Werte beziehen (§ 31 StAnpG.). Die Strafen, die wegen Devisenzuwiderhandlungen in bezug auf nur anbietungspflichtige, der Anzeigepflicht nach dem VolksVG. nicht unterliegende Werte rechtskräftig ausgesprochen sind, werden nicht erfaßt (§ 23 Abs. 5 DurchfVO. n. F. i. Verb. m. § 31 StAnpG.). Wenn z. B. jemand wegen einer im Okt. 1933 erfolgten Verbringung von 10000 *RM* ins Ausland und wegen Nichtanbietung hierdurch im Ausland erworbener Guthaben ausländischer Währung bereits rechtskräftig bestraft ist, behält es bei dieser Strafe sein Bewenden, da das ausländische Guthaben erst nach dem 1. Juni 1933 erworben, also nicht anzeigepflichtig ist. Das gleiche gilt, wenn der Betrag z. B. schon 1932 ins Ausland verbracht und über die Guthaben bereits vor dem 1. Juni 1933 verfügt worden ist. Waren im zweiten Falle die Guthaben am 1. Juni 1933 noch vorhanden, so ist die Strafe durch § 30 i. Verb. m. § 31 StAnpG. erlassen, da in diesem Falle bezüglich der nicht angebotenen Guthaben eine Anzeigepflicht nach dem VolksVG. bestand (§§ 1, 2 Abs. 1 Ziff. 6, 3 Abs. 1 und 2 Ziff. 1 u. letzter Satz VolksVG. i. Verb. m. § 31 StAnpG.).

Die Einstellung und der Straferlaß werden hinfällig, wenn der Täter seiner Anzeigepflicht nach dem VolksVG. oder den in § 23 DurchfVO. z. VolksVG. in neuer Fassung begründeten Verpflichtungen nicht fristgerecht nachkommt (§ 35 StAnpG., § 23 Abs. 5 DurchfVO. z. VolksVG. in neuer Fassung). Ein eingestelltes Verfahren wird also z. B. dann wieder aufgenommen, wenn eine Person anbietungspflichtige, der Anzeigepflicht nach dem VolksVG. nicht unterliegende Devisen, über die sie verfügt hat, der Reichsbank nicht bis zum 31. Dez. 1934 anzeigt und innerhalb der von der Reichsbank bestimmten Frist, z. B. bis 1. März 1935, Ersatzdevisen in der von der Reichsbank vorgesehenen Höhe nicht anbietet.

10. Durch §§ 28, 30, 32 und 33 StAnpG. werden weiterhin wegen Volksverratsverbrechens anhängige Strafverfahren eingestellt und der Erlaß wegen solcher Zuwiderhandlungen rechtskräftig verhängter Strafen und Nebenstrafen ausgesprochen. Auch hier gilt § 35 StAnpG. mit dem Ergebnis, daß auch diese Verfahren wieder aufgenommen werden können und der Straferlaß hinfällig wird, wenn der Anzeigepflicht nach dem VolksVG. in neuer Fassung nicht genügt wird.

11. Der in den Ziff. 9 und 10 erörterte Straferlaß tritt nur insoweit ein, als die Freiheitsstrafe noch nicht verbüßt oder die Geldstrafe noch nicht oder nicht vollständig entrichtet ist. Eine ausgesprochene Einziehung gilt auch, wenn sie rechtskräftig ist, im Gegensatz zur sonstigen Regelung, insoweit als nicht eingetreten, als sie beim Inkrafttreten des StAnpG. noch nicht vollzogen ist.

Gesetzliche Nebenfolgen, die durch die Verurteilung zu Zuchthausstrafe und durch die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte eingetreten sind, z. B. Entzug des Doktortitels und von Orden und Ehrenzeichen, können im Einzelfalle durch den RJM. im Einvernehmen mit dem RFM. auf Antrag als nicht eingetreten bezeichnet werden.

Vermerke über Strafen, die erlassen sind, sind im Strafregister zu tilgen. Darüber hinaus sind auf Antrag der Verurteilten auch Vermerke über bereits verbüßte Strafen, die, wenn sie noch nicht verbüßt wären, unter den Straferlaß fallen würden, zu tilgen.

Entschädigungsansprüche oder Ansprüche auf Erstattung entrichteter Geldstrafen, Kosten, Steuern, Steuerzinsen und Steuerverzugszuschläge sowie Ansprüche auf Erstattung eingezogener Werte sind durch § 34 StAnpG. ausdrücklich ausgeschlossen.

12. Durch den dem § 8 VolksVG. durch § 23 Ziff. 5 StAnpG. hinzugefügten neuen Abs. 4 ist die Strafandrohung wegen Verbrechen gegen das VolksVG. in geringfügigen Fällen wesentlich herabgemindert worden. Es kann jetzt, wenn ein Anzeigepflichtiger die rechtzeitige Anzeige von anzeigepflichtigen Vermögensstücken und Devisen unterlassen hat, bei Vorliegen mildernder Umstände die Strafe so bemessen werden, als habe der Täter eine Steuerhinterziehung begangen, also auf Geldstrafe und daneben gegebenenfalls auf Gefängnis bis zu 2 Jahren erkannt werden, sofern die anzeigepflichtigen Werte am 1. Juni 1933 in ihrer Gesamtheit keinen höheren Wert als 10000 *RM* hatten. Wer also eine Volksverratsanzeige, zu der er bis zum Ablauf des 31. Dez. d. J. verpflichtet ist, nicht erstattet, kann, falls ihm mildernde Umstände zuzubilligen sind, ausschließlich mit Geldstrafe bestraft werden, wenn die Werte, die er pflichtgemäß hätte anzeigen müssen, z. B. nur in einem ausländischen Grundstück im Werte von 5000 und einem ausländischen Bankguthaben von 2000 Gulden bestehen. Eine Teilung des Gesamtwertes dergestalt, daß anzeigepflichtige Devisen und anzeigepflichtige ausländische Vermögensstücke im Einzelfalle den Wert von 10000 *RM* nicht übersteigen dürfen, findet nicht statt. Die Werte aller anzeigepflichtigen Vermögensstücke und Devisen werden vielmehr zusammengerechnet.

In den vorbezeichneten Fällen wird das Strafverfahren nach dem durch das StAnpG. dem § 9 hinzugefügten Abs. 4 durch das FinA. im Wege des Unterwerfungsverfahrens oder des Strafbescheides durchgeführt, sofern das FinA. die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 für gegeben erachtet und auf Geldstrafe erkennen will.

Diese Änderungen des VolksVG. haben sich als notwendig erwiesen, weil nach dem Ergebnis der Rechtsprechung die Höhe der nach den bisherigen Vorschriften verhängten Strafen in Fällen von geringerer Bedeutung nicht gerechtfertigt erschien.

Die Anwendbarkeit der für das Steuerrecht vorgesehenen tätigen Reue läßt sich für Vergehen gegen das VolksVG. aus den neuen Bestimmungen nicht herleiten, da die Straftat als Volksverratsvergehen unberührt bleibt und lediglich die Strafzumessung und das formelle Strafverfahren des Steuerrechtes Anwendung finden.

Die gleichen Erleichterungen sind durch § 26 StAnpG. für Devisenzuwiderhandlungen, die mit Volksverratsvergehen zusammenhängen, vorgesehn. Hier liegt die Verfolgung der Straftaten bei den Justizbehörden oder, soweit die Tat im Unterwerfungsverfahren erledigt werden kann, bei den Devisenstellen.

13. Schließlich ist durch Einführung eines neuen Abs. 5 im § 8 VolksVG. durch § 23 Ziff. 5 StAnpG. eine Berücksichtigung des Irrtums erfolgt. Gemäß dem neuen Abs. 5 des

§ 8 bleibt straffrei, wer in unverschuldetem Irrtum über die Anzeigepflicht die Anzeige unterlassen hat. Ein strafbefreiender Irrtum liegt vor:

a) wenn der Täter sich nicht bewußt war, daß die Nichterstattung der Anzeige gegen das VolksVG. verstößt und
b) wenn diese Unkenntnis nicht auf einem Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Täters beruht.

Ob der Täter in Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen gehandelt hat, wird sich nach der Lage des einzelnen Falles richten. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß die Vorschriften des VolksVG. durch laufende Erörterungen in Presse und Fachzeitschriften, durch Veröffentlichung von Gerichtsurteilen und durch die allgemein bekannte Entwicklung der Devisenlage weitgehend bekannt sind.

Bei der Prüfung, ob die Unkenntnis der Volksverratsbestimmungen auf einem Verschulden beruht, werden insbes. die persönlichen Verhältnisse des Zuwiderhandelnden, Bildungsgrad und Beruf zu berücksichtigen sein. So werden beispielsweise bei im Geschäftsleben stehenden Personen, die bei der Abwicklung ihrer Geschäfte schon im allgemeinen die Devisenvorschriften zu beachten haben, höhere Anforderungen an den Nachweis der Entschuldbarkeit einer behaupteten Unkenntnis zu stellen sein, als an Personen, die nur gelegentlich mit Devisen zu tun haben.

Hat der Täter den Irrtum fahrlässig verschuldet, weil er aus Mangel an der Sorgfalt, zu der er nach dem Umstande verpflichtet und nach seinen persönlichen Verhältnissen fähig war, die Anzeige unterlassen hat, so ist er wegen fahrlässiger Verletzung der Anzeigepflicht zu bestrafen.

Fahrlässigkeit wird besonders dann gegeben sein, wenn es dem Täter zuzumuten war, sich über die gesetzlichen Vorschriften in ausreichendem Maße zu unterrichten, er dies aber unterlassen hat.

Im Anschluß an die Rechtsprechung des RG., die den Irrtum über das Bestehen devisenrechtlicher Vorschriften als strafrechtlich unbeachtlichen Irrtum bezeichnet, hatten die Gerichte in verschiedenen Fällen auch den Irrtum über das Bestehen der Anzeigepflicht nicht als strafrechtlich beachtlichen Irrtum anerkannt. Durch die Einfügung des § 8 Abs. 5 VolksVG., der für das Devisenstrafrecht eine gleichartige, durch § 27 StAnpG. als § 36a in die DevVO. aufgenommene Irrtumsvorschrift entspricht, soll den Gerichten die Möglichkeit eröffnet werden, den Irrtum ausreichend im Strafverfahren wegen Volksverratsverbrechens zu berücksichtigen. Der Grund für die Einfügung dieser Vorschrift ist, daß es nicht gerechtfertigt erscheint, Personen, die sich nach ihrer Tätigkeit, ihrer Lebensstellung oder nach ihrem Alter nicht mit den Bestimmungen des VolksVG. befaßt haben, z. B. die 80jährige Frau, die noch ein Guthaben von 1000 Gulden bei einer holländischen Bank hat und infolge ihres Alters keine Zeitungen mehr liest, oder im Inland wohnende Ausländer ohne weiteres, auch wenn sie die Vorschriften ohne Verschulden tatsächlich nicht gekannt hatten, mit den hohen Strafen des VolksVG. zu belegen.

Die Abzahlungsgeschäfte im Lichte der neuen Rechtsanschauung

Von Amtsgerichtsrat Dr. Karl-August Crisolli, Berlin

Das die Abzahlungsgeschäfte regelnde AbzG. entspringt — wie seine Geschichte und sein Inhalt mit Klarheit ergeben — sozialpolitischen Zwecken (RG. 138, 32). Wie der Verfasser in dem in Kürze erscheinenden NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung des näheren dargestellt hat, besteht sein Inhalt im wesentlichen darin, daß es die sog. Verwirkungsklausel verhindern will. Das Gesetz regelt die beiderseitigen Ansprüche nach dem Rücktritt des Verkäufers abschließend. Es versagt dem Abzahlungsverkäufer dabei vor allem den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und gibt ihm nur einen Anspruch auf Ersatz für die Wertminderung und für eine etwaige Sachbeschädigung, ferner einen Anspruch auf eine Vergütung für die Gebrauchsüberlassung und für die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen. Es will also einen billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen nach dem Rücktritt des Verkäufers schaffen.

Diese sozialpolitischen Zwecke des AbzG., die einen gerechten Ausgleich erstreben, stimmen mit den Anschauungen des neuen Rechts überein. Deshalb dürfte die neue Rechtsentwicklung eine grundlegende gesetzliche Abänderung des speziellen Abzahlungsrechtes[1]) im allgemeinen nicht erfordern. Es ist zur Erreichung der Ziele der neuen Rechtsanschauung auf dem Gebiete des Abzahlungsrechtes in erster Linie nur erforderlich, daß die mit der Anwendung des AbzG. betrauten Organe der Rechtspflege die sozialpolitischen Erwägungen des Gesetzes bei der Rechtsanwendung auf das eingehendste berücksichtigen.

Eine entgegengesetzte Ansicht vertritt Culemann in einer Anmerkung in JW. 1934, 1716. Er fordert eine dringende Reform des AbzG. Bei dieser muß — so verlangt er — „Rücksicht genommen werden auf die volkswirtschaftliche Bedeutung des Abzahlungsgeschäftes — Verhütung von Fehlgeschäften bei Kreditunwürdigkeit des Käufers und richtige Abwägung von Bedarf und Deckung — und ferner muß der gewährte Schutz intensiver sein; liegt ein schutzwürdiger Tatbestand vor, so muß dem Geschäft bei Fehlen bestimmter Voraussetzungen die Klagbarkeit abgesprochen werden". Diese Ansicht vertritt Culemann bei Gelegenheit der Besprechung eines Falles, in dem jemand Inventar für 22000 RM gekauft hat. Er ist der Ansicht, daß auf dieses Geschäft „gefühlsmäßig" das AbzG. keine Anwendung findet.

Die Ausführungen Culemanns dürften zunächst zu allgemein sein, um zu ihnen endgültig Stellung nehmen zu können. Aus Culemanns Ausführungen a. a. O. könnte man Reformvorschläge in zwei Richtungen sehen.

Einmal dürften in seinen Darlegungen Reformvorschläge in der Richtung enthalten sein, daß die Vorschrift des § 8 AbzG., nach der die Vorschriften des AbzG. auf eingetragene Kaufleute keine Anwendung zu finden habe, abzuändern sei. Man könnte der Ansicht sein, daß die Vorschrift besserungsbedürftig sei, weil sie nur einen bestimmten Berufsstand ausnimmt, obwohl andere Teile der Volksgenossen mindestens ebensowenig schutzbedürftig sind. Der höhere kaufmännische Angestellte, der Jurist, der Arzt und die Angehörigen ähnlicher Berufe scheinen mindestens ebensowenig eines besonderen Schutzes zu bedürfen wie ein kleinerer Vollkaufmann. Alle diese Kreise der Volksgenossen aus dem Gesetz auszunehmen, ist gesetzestechnisch ausgeschlossen. Deshalb dürfte nur der von den skandinavischen Abzahlungsgesetzen bereits beschrittene und im österreichischen und tschechoslowakischen Entwurf vorgeschlagene Weg gangbar sein, alle Abzahlungsgeschäfte außerhalb des Gesetzes zu stellen, bei denen der Kaufpreis eine bestimmte Höhe überschreitet (gl. M. Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft usw. S. 229). Es darf angenommen werden, daß — abgesehen von einzelnen Sonderfällen, z. B. Lastkraftwagenkäufen — bei einer gewissen Höhe des Kaufpreises nur solche Personen als Käufer und solche Geschäfte in Frage kommen, die des besonderen Schutzes des AbzG. nicht bedürfen. Dabei bleibt jedoch — was namentlich die Begründung des österreichischen Entwurfs vermissen läßt — zu bedenken, daß ein hoher Kaufpreis ein Geschäft absolut nicht immer zum Luxusgeschäft macht — man denke z. B. an eine zahnärztliche Einrichtung — und vor allem, daß geschäftliche Gewandtheit allein vor einer Übervorteilung nicht schützt. Sofern der Käufer die auf Abzahlung anzuschaffende Sache dringend und sofort gebraucht, wird ihm trotz aller Erfahrungen und Kenntnisse meist nichts anderes übrigbleiben, als auf die Bedingungen des Verkäufers einzugehen. Die Grenze, von der ab die Abzahlungsgeschäfte von den Vorschriften des AbzG. befreit sein sollen, wird deshalb — wenn überhaupt — nur mit größter Vorsicht und

[1]) Vgl. im übrigen auch hier die Ausführungen des Verfassers in dem NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung.

jedenfalls nicht in der von dem österreichischen Entwurf vorgeschlagenen (3000 Schilling), sondern eher in der von den übrigen Gesetzen bestimmten Höhe (Schweden 3000 Kronen, Dänemark ebenso, Norwegen 10000 Kronen, Tschechoslowakei 10000 Kronen) zu ziehen sein. Ein dringendes Bedürfnis nach einer Abänderung des AbzG. in dieser Richtigkeit dürfte aber nicht bestehen.

Ferner dürften in den Ausführungen Culemanns Reformvorschläge in der Richtung zu sehen sein, daß den Abzahlungsgeschäften, bei denen auf seiten des Käufers ein Bedarf nicht vorhanden ist, die Klagbarkeit abzusprechen sei. Dieser Reformvorschlag würde dazu führen, die Klagbarkeit, d. h. die Gültigkeit der Abzahlungsgeschäfte von der Genehmigung einer dritten Stelle abhängig zu machen. Eine derartige Regelung dürfte aber nicht zu begrüßen sein. Einmal würde damit eine ungeheure Rechtsunsicherheit hervorgerufen werden, die den Forderungen der neuen Rechtsanschauung auf eine Verstärkung des Rechtsfriedens nicht entsprechen dürfte. Wovon sollte denn die Beurteilung, ob für den Käufer für ein Geschäft ein Bedürfnis besteht, abhängig gemacht werden? Und ferner würden die Abzahlungskäufer durch eine derartige Regelung zu einem großen Leichtsinn im Abschluß von Verträgen verführt werden. Dies dürfte auch nicht begrüßenswert erscheinen. Der Hauptfall, in denen die Abzahlungskäufer zu unklugen Abschlüssen gelangen, wird durch eine kleine weiter unten geforderte Gesetzesreform beseitigt.

Eine Abänderung des AbzG. ist daher im allgemeinen nur insoweit erforderlich, als die Rechtslehre und Rechtsprechung aus Unklarheiten des Gesetzes gegen seinen Sinn verstoßen haben. Neben dieser klarstellenden Gesetzesreform ist nur in einem Sonderfall ein Ausbau des bisherigen Rechts erforderlich.

Dieser Sonderfall — die klarstellende Gesetzesreform wird weiter unten behandelt — betrifft das Abzahlungsgeschäft im Umherziehen und im ambulanten Gewerbebetrieb. Nach §§ 56a, 148 RGewO. ist das Abzahlungsgeschäft im Umherziehen verboten und strafbar; die abgeschlossenen Abzahlungsgeschäfte sind aber nach herrschender Ansicht (Staudinger, Anm. 5f. zu § 134; Soergel, Anm. 3 zu § 134) gültig. Die Abzahlungsgeschäfte im ambulanten Gewerbe aber sind ohne Einschränkung zulässig.

Diese Regelung erscheint in keiner Weise zufriedenstellend. Hier erscheint deshalb eine Rechtserneuerung dringendst erforderlich. Die meisten Klagen über das Unwesen im Gebiete des Abzahlungsrechts dürften auf dieser Regelung beruhen. Einmal werden durch diese Regelung die geschäftsungewandteren Volksgenossen von gewissenlosen „reisenden Kaufleuten" überrumpelt und zu den unvorteilhaftesten und unnötigsten Geschäften durch den Hinweis auf die „bequemen Teilzahlungen" verleitet. Wie oft muß der Richter nachher hören, daß die Käufer — namentlich Frauen — gar nicht wissen, wie sie zu dem Kauf gekommen sind, weil ihnen die Ware einfach aufgeschwatzt ist. Und andererseits werden durch die jetzige Rechtslage die reellen Geschäftsleute, die einen festen Laden haben, geschädigt.

Es ist deshalb notwendig, daß diesem zu unreellen Machenschaften verleitenden Rechtszustande dadurch Einhalt geboten wird, daß den Abzahlungsgeschäften im Wandergewerbe und im ambulanten Gewerbe durch eine entsprechende kleine Abänderung der §§ 42b und 56a RGewO. die Gültigkeit genommen wird. Durch eine derartige gesetzliche Regelung würde auch den Reformvorschlägen Culemanns in weitem Maße Rechnung getragen werden, da dadurch die meisten Geschäfte verhindert werden, bei denen ein Bedarf des Käufers nicht besteht.

Neben dieser dringend erforderlichen Abänderung der augenblicklichen Rechtslage, erscheint eine klarstellende Gesetzesreform in folgenden Fällen notwendig.

Zunächst erscheint es begrüßenswert, wenn gesetzlich klargestellt wird, daß bei der Berechnung der Ansprüche des Verkäufers vom Verkehrswert und nicht vom Kaufpreis auszugehen ist und daß diese Ansprüche niemals zu einer Überschreitung des Kaufpreises führen können. Wenn diese Ansicht sich bereits auch aus der augenblicklichen Gesetzesfassung bei seiner sinngemäßen Auslegung ergibt (vgl. RG. 138, 28 und die Ausführungen des Verfassers in JurRdsch. 1933, 132 und JW. 1934, 2716), so wird in vielen Entscheidungen (vgl. z. B. OLG. Braunschweig, 1 V 197/34: JW. 1934, 3006[10]) doch eine andere Ansicht vertreten, so daß eine Klarheit des Gesetzes notwendig ist.

Ferner erscheint eine klarstellende Gesetzesreform dahin notwendig, daß die Vorschrift des § 3 AbzG. von Amts wegen zu berücksichtigen ist und daß eine Verbindung der Kaufpreisklage mit der Herausgabeklage unzulässig ist. Auch hier vertritt die herrschende Meinung (vgl. Samter S. 70; Hörle: Gruch. 55, 220; Crisolli, Anm. 2 zu § 3; ZHR. 95, 273; Berliner Prozeßrichtervereinigung: JW. 1929, 3142; weiteres Schrifttum wegen der Klageverbindung im Komm. des Verf. Anm. 7 zu § 3) bereits die von der Gesetzesreform geforderte Ansicht. Die gegenteilige Ansicht (vgl. z. B. Aubele, Anm. 2 zu § 3) wird aber in zahlreichen Entscheidungen noch für richtig gehalten, deshalb dürfte auch hier eine gesetzliche Klarstellung begrüßenswert erscheinen.

Schließlich muß durch eine Gesetzesreform die jetzt oft vorgenommene Umgehung des AbzG. durch die Zwangsvollstreckung in die auf Abzahlung gekauften Sachen verhindert werden. Auch hier dürfte die augenblickliche Rechtslage nach den Ausführungen des Verfassers in JW. 1934, 1817 bereits eine befriedigende Lösung ergeben. In zahlreichen Entscheidungen wird aber auch in diesem Falle die entgegengesetzte Meinung vertreten. Deshalb dürfte auch hier eine klarstellende Gesetzesreform erforderlich sein. Am einfachsten wäre es wohl, wenn durch eine Ergänzung des § 5 AbzG. die Pfändung der Abzahlungssache durch den Verkäufer auf Grund des Kaufpreisurteils der Wiederansichnahme der Sache gleichgestellt würde.

Wenn auch nach den vorstehenden Ausführungen mit Ausnahme des einen Falles im allgemeinen nur eine klarstellende Gesetzesreform im Gebiete des Abzahlungsrechtes notwendig erscheint, so sind die Verhältnisse trotzdem nicht als befriedigend anzusehen. Dies liegt zu einem großen Teile daran, daß die Abzahlungskäufer in keiner Weise über ihre Rechte auf Grund des AbzG. orientiert sind und daß die Abzahlungsverkäufer diese Unkenntnis der Käufer recht oft durch verschiedene Klauseln in den Abzahlungsverträgen auszunutzen versuchen. Außerdem stellen die Abzahlungsverkäufer, weil sie die in der Regel wirtschaftlich stärkeren sind, oft im Wege der „Parteivereinbarung" Klauseln in den Verträgen auf, die eine unbillige Härte und Belastung des Käufers darstellen. Des weiteren liegt dies darin begründet, daß eine unglaubliche Unklarheit darüber herrscht, wie hoch die Ansprüche des Verkäufers für die Gebrauchsüberlassung und Wertminderung im Falle des Rücktritts nach § 2 AbzG. zu bewerten sind.

Diesen Unklarheiten, Gesetzesumgehungen, Unbilligkeiten und Härten ist nicht im Wege der Gesetzeserneuerung abzuhelfen. Selbst das idealste Abzahlungsgesetz würde einem unwissenden Abzahlungskäufer gegenüber einem gewissenlosen Verkäufer wenig helfen. Hier ist nur eine Heilung durch die Schaffung eines Reichs-Einheitsabzahlungsvertrages möglich. Daher ist es dringendst erforderlich, daß von einer berufenen Reichsstelle ein solcher Einheitsabzahlungsvertrag geschaffen wird.

Durch einen solchen Einheitsabzahlungsvertrag wird die sichere Gewähr dafür geschaffen, daß der Abzahlungskäufer sich seiner Rechte aus dem AbzG. in vollem Umfange gewiß wird und daß alle Umgehungsversuche verhindert werden. Dieselben Beweggründe, die für die Schaffung des Einheitsmietvertrages sprachen, sind auch für die Schaffung eines Einheitsabzahlungsvertrags geltend zu machen. Neben dem Mietvertrag sind es die Abzahlungsverträge, in denen der einfachere und geschäftsungewandtere Volksgenosse die für ihn wichtigsten Geschäfte abschließt.

Neben der Schaffung des Einheitsabzahlungsvertrages, dessen etwaiger Inhalt[2]) weiter unten wenigstens skizzierend

[2]) Der Verfasser hat in dem NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung einen entsprechenden Vertrag entworfen.

angegeben werden soll, ist es erforderlich, daß eine Reichsstelle einheitliche Wertsätze für das ganze Reich für die Ansprüche des Verkäufers aus Gebrauchsüberlassung und Wertminderung nach § 2 AbzG. festsetzt. Durch die Schaffung derartiger Wertsätze, die bis zum Beweis der Unrichtigkeit im Einzelfalle durch eine Partei für den Richter als allgemeines Sachverständigengutachten maßgeblich zu sein haben, würde eine große Befriedung des Rechtszustandes im Gebiete des Abzahlungsrechtes hervorgerufen werden, wenn diese Wertsätze auf Rückseite oder in einem Anhang des Abzahlungsvertrages aufgenommen werden. Dann wissen beide Parteien mit einem Blick in ihren Vertrag, wieviel der Abzahlungskäufer bei einer Rückgabe der Sache nach einer bestimmten Besitzzeit von seinen gezahlten Raten zurückzuerhalten hat bzw. wieviel er für die Gebrauchsüberlassung und die Wertminderung zu zahlen hat.

Daß die Schaffung solcher Wertsätze nicht unmöglich ist, zeigt die Praxis der Berliner Industrie- und Handelskammer (JW. 1934, 1089), die in den meisten Fällen zu befriedigenden Lösungen geführt und sich daher als sehr segensreich erwiesen hat. Der Kreis der in der Regel auf Abzahlung gekauften Sachen ist nämlich keineswegs so groß, als es zunächst scheint. Es handelt sich in der Regel nämlich meist nur um Möbel, Polsterwaren, Matrazen, Wäsche, Kleidungsstücke, Fahrräder, Nähmaschinen, Registrierkassen, Schnellwaagen, Schreibmaschinen, Radioapparate, Sprechapparate, Klaviere und Kraftfahrzeuge einschließlich der Motorräder. Es ist also zunächst dringend erforderlich, daß das Reichswirtschaftsministerium oder der Deutsche Industrie- und Handelstag eine Aufstellung der Ansprüche des Verkäufers aus Gebrauchsüberlassung und Wertminderung nach § 2 AbzG. feststellen, die dann im Anhang des Reichs-Einheitsabzahlungsvertrages abgedruckt wird oder auf die in ihm dann Bezug genommen wird.

Der Reichs-Einheitsabzahlungsvertrag muß sowohl den Abzahlungskäufer vor einem gewissenlosen Verkäufer schützen, er muß aber andererseits auch dem Abzahlungsverkäufer die Mittel in die Hand geben, gegen einen unlauteren Käufer vorgehen zu können.

Zum Schutze des Käufers sind folgende Bestimmungen in den Einheitsvertrag aufzunehmen.

Der Verkäufer muß in dem Vertrage den Verkehrswert angeben. Dies ist einmal erforderlich, damit bei einem Rücktritt die Berechnung der Ansprüche des Verkäufers aus § 2 AbzG. für Wertminderung und Gebrauchsüberlassung, die in den Wertsätzen von dem Verkehrswert ausgeht[3]), auf keine Schwierigkeiten stößt. Das ist weiter notwendig, damit der Käufer darüber unterrichtet wird, wieviel er für die Vorteile der Abzahlungsmöglichkeit zu bezahlen hat. Er wird dann leichter in der Lage sein, sich vor unbilligen Ausnutzungen seiner Notlage zu schützen. An eine falsche Angabe des Verkehrswertes durch den Verkäufer ist ein Rücktrittsrecht des Käufers zu knüpfen.

Dem Käufer ist das Recht einzuräumen, bei einem Rücktritt von einem Abzahlungsvertrage über mehrere Sachen eine Wahl dahin vorzunehmen, daß er statt einer eventuellen Ratenrückzahlung die Restzahlung von einzelnen Sachen wählen kann. Durch ein derartiges Recht wird ihm ein großer Vorteil eingeräumt, dem keinerlei Nachteil des Verkäufers gegenübersteht. Er hat z. B. ein Liegesofa für 80 *RM* und einen Schrank für 60 *RM* gekauft und 105 *RM* bezahlt. Der Verkäufer kann nach einem darauf erfolgten Rücktritt nach § 2 AbzG. für das Liegesofa, das schneller abgenutzt ist, 60 *RM* und für den Schrank 20 *RM* für Gebrauchsüberlassung und Wertminderung verlangen. Der Käufer kann daher von seinen gezahlten Raten 25 *RM* gegen Herausgabe der beiden Möbel fordern. Statt dessen soll er die Restzahlung des Liegesofas mit 20 *RM* und nur eine Rückzahlung von 5 *RM* wählen können. Der Verkäufer erhält dann das Liegesofa mit 80 *RM* vollbezahlt und für die Gebrauchsüberlassung und Wertminderung des Schrankes die festgesetzten 35 *RM*. Er hat also keinen Nachteil. Während der Käufer für 20 *RM* das Liegesofa bekommt, was für ihn unter Umständen von großem Vorteil ist.

Der Verkäufer muß bei einem Rücktritt angeben, wieviel er für Gebrauchsüberlassung und Wertminderung berechnet, ob und wieviel er daher gegebenenfalls bei sofortiger Rückgabe von den gezahlten Raten zurückzahlen will. Eine Rücktrittserklärung ohne diese Angabe gilt nicht als erfolgt. Die Aufnahme dieser Bestimmung in den Reichs-Einheitsabzahlungsvertrag erscheint erforderlich, damit sich einerseits der Käufer über die ihm nach dem AbzG. zustehenden Rechte vollkommen bewußt wird, und andererseits durch die Klarstellung der beiderseitigen Ansprüche nach dem Rücktritt dem von der neuen Rechtsentwicklung geforderten Rechtsfrieden gedient wird.

Ferner ist in den Einheitsabzahlungsvertrag zum Schutze des Abzahlungskäufers vor Umgehungen des AbzG. aufzunehmen, daß ein Herausverlangen der Abzahlungssachen oder deren Pfändung durch den Abzahlungsverkäufer als Rücktrittserklärung anzusehen ist. Solange die gesetzliche Klarstellung im § 5 AbzG. nicht die von der Praxis der Verkäufer jetzt oft im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommene Umgehung des AbzG. verhindert, ist eine derartige Vertragsbestimmung zur restlosen Durchführung der Schutzvorschriften des AbzG. erforderlich.

Schließlich ist hervorzuheben, daß in den Einheitsabzahlungsvertrag mehrere jetzt in den Vertragsformularen übliche Abreden nicht aufgenommen werden dürfen, z. B. die Bestimmung, daß bei mehreren die Zahlungen auf die schnellerverbrauchbaren zu verrechnen sind. Diese Bestimmung stellt nämlich eine dem Sinn des AbzG. widersprechende einseitige Belastung des Käufers dar. Ebenso verhält es sich mit der Vertragsklausel, daß der Verkäufer den Rücktritt nach seiner Wahl auf einzelne Sachen beschränken kann. Schließlich erscheint eine Vertragsklausel nicht mit den Anschauungen der neuen Rechtsentwicklung vereinbar, durch die der Verkäufer zum Rücktritt berechtigt wird, wenn der Käufer kreditunwürdig ist oder wird.

Zum Schutze des Verkäufers endlich sind folgende Bestimmungen in den Reichs-Einheitsabzahlungsvertrag aufzunehmen.

Zunächst muß der Einheitsvertrag die Bestimmung enthalten, daß der Käufer genaue Angaben über seine Person und sein Einkommen zu machen hat, und daß der Verkäufer bei einer falschen Angabe des Käufers zum Rücktritt berechtigt ist. Die Aufnahme dieser Bestimmung erscheint erforderlich, um den Verkäufer vor unlauteren Käufern zu schützen.

Ferner ist dem Käufer in dem Einheitsvertrag aus dem gleichen Grunde die Pflicht aufzuerlegen, daß er dem Verkäufer unverzüglich von jeder Beschädigung, Vernichtung, Pfändung, Einbehaltung der Sachen und von jedem Wohnungswechsel Mitteilung zu machen hat. Einen Verstoß des Käufers gegen diese Pflicht gibt dem Verkäufer ebenfalls ein Rücktrittsrecht.

Weiter ist dem Verkäufer zu seinem Schutz in dem Einheitsabzahlungsvertrag das Eigentum an den Abzahlungssachen vorzubehalten. Dabei ist der Käufer darauf hinzuweisen, daß er wegen des Eigentumvorbehalts des Verkäufers über die Sachen nicht verfügen, sie z. B. nicht veräußern, verschenken oder verpfänden darf, und daß Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmung nach § 246 BGB. strafbar sind.

Schließlich ist in dem Einheitsabzahlungsvertrag zum Schutze des Verkäufers vor unlauteren Käufern eine Bestimmung dahin aufzunehmen, daß der Käufer die Ware sofort nach Lieferung zu untersuchen und vorhandene Mängel umgehend, d. h. spätestens binnen zwei Wochen zu rügen hat. Versteckte Mängel sind spätestens zwei Wochen nach ihrer Entdeckung anzuzeigen. Die Bestimmung ist dann dahin auszugestalten, daß eine Verletzung der Rügepflicht den Fortfall der Gewährleistungsansprüche zur Folge hat.

[3]) Vgl. Industrie- und Handelskammer Berlin: JW. 1934, 1089.

Die Stellung juristischer Personen als Alleingesellschafter einer umzuwandelnden Kapitalgesellschaft*)

I.

Entgegnung auf die Ausführungen von Groschuff in JW. 1934, 2661 ff.

Von Rechtsanwalt Dr. Conrad Böttcher, Berlin

Das „Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften" v. 5. Juli 1934 (UmwandlG.) hat in der Praxis Anlaß zu einer Reihe von Zweifelsfragen gegeben. Es sei hier lediglich kurz auf eine Frage eingegangen, an deren Klärung ein offensichtliches Interesse in weiten Kreisen der Wirtschaft besteht.

Ist die erleichterte Umwandlung nach dem UmwandlG. handelsrechtlich auch dann zulässig, wenn eine juristische Person Alleingesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft ist?

Die Entscheidung dieser Frage ist für die Lösung der gesellschaftlichen Verschachtelung von erheblicher Bedeutung. Man denke etwa an das Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaften oder von Holding-Gesellschaft und kontrollierten Gesellschaften oder von Hauptgesellschaft und Betriebs- oder Studiengesellschaften, das auf dem Wege der erleichterten Umwandlung unter Verminderung von Kosten und Formalitäten schnell und leicht gelöst werden kann.

Die zur Erörterung stehende Frage ist neuerdings von Groschuff[1]) an dieser Stelle unter eingehender Begründung behandelt und verneint worden. Groschuff setzt sich hierbei besonders mit den Ausführungen von Böttcher-Meilicke[2]) auseinander, die die entgegengesetzte Meinung vertreten und die erleichterte Umwandlung auch in dem bezeichneten Fall zulassen wollen.

Den an sich recht beachtlichen Ausführungen von Groschuff kann, wie im einzelnen darzulegen ist, jedenfalls im Ergebnis nicht zugestimmt werden.

1. Daß die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft (KapGes.), deren sämtliche Aktien (Geschäftsanteile) sich in der Hand einer juristischen Person befinden, nach Maßgabe des § 8 UmwandlG. in erleichterter Form erfolgen kann, ist bereits heute als herrschende Meinung zu bezeichnen.

Für die Zulassung der erleichterten Umwandlung haben sich außer Böttcher-Meilicke auch Bergmann[3]), Krieger[4]), Quassowski[5]) und Seybold[6]) ausgesprochen. Gleicher Meinung ist auch das KG., das in einem Beschluß v. 20. Sept. 1934 (1 b X 378/34)[7]) ausführt, die sonst grundsätzlich unzulässige Umwandlung einer AktG. in eine KommGes. a. A. sei nach § 8 UmwandlG. dann zulässig, wenn einziger Aktionär der AktG. eine KommGes. a. A. ist.

Die Zulässigkeit der Umwandlung verneinen außer Groschuff auch Becker[8]) und Zahn[9]).

2. Groschuff gibt zunächst zu, daß aus dem Wortlaut der §§ 1 Abs. 1, 8 Abs. 1 UmwandlG. für die Lösung der Frage nichts zu entnehmen ist. Er schränkt diese an sich richtige Erkenntnis sogleich durch den Hinweis ein, der Gesetzgeber habe den Fall, daß eine Personalgesellschaft alleiniger Gesellschafter der umzuwandelnden KapGes. sei, bereits besonders in den §§ 2 ff., 12, 13, 14 UmwandlG. geregelt. Es folge mithin im Wege des „argumentum e contrario", der Gesetzgeber habe in den §§ 1, 8 UmwandlG. nur natürliche Personen gemeint, da er andernfalls die Gleichsetzung von juristischen und natürlichen Personen besonders zum Ausdruck gebracht hätte.

Die Beweisführung Groschuffs kann nicht überzeugen. Der Gesetzgeber mußte eine besondere Regelung in den §§ 2 ff., 12, 13, 14 UmwandlG. schon deshalb treffen, um diesen Fall — die bestehende OHG. als alleinige Gesellschafterin — von dem in den §§ 9 ff. geregelten Fall — Umwandlung durch Vermögensübertragung auf eine zu errichtende OHG. — begrifflich scharf zu trennen.

Überdies bedurfte das eigentümliche Gebilde der OHG., das, ohne eine eigentliche Rechtspersönlichkeit zu sein, doch als eine unter gemeinsamer Firma im Rechtsleben handelnde Zusammenfassung der in ihr vereinigten Gesellschafter eine gewisse Annäherung an die juristische Person aufweist, einer Sonderregelung.

Nach alledem läßt die Sonderregelung der OHG. im UmwandlG. keinen zwingenden Schluß darauf zu, daß unter „alleiniger Gesellschafter" i. S. der §§ 1 Abs. 1, 8 Abs. 1 UmwandlG. nur natürliche, nicht aber juristische Personen zu verstehen sind.

3. Weiter verweist Groschuff für seine Ansicht auf die Zweckbestimmung des UmwandlG., die er der Präambel des Gesetzes und der amtlichen Begründung[10]) entnimmt. Er zieht unter sorgfältiger Verwendung der an beiden Stellen niedergelegten Rechtsgedanken den Schluß, die erleichterte Umwandlung müssen den Erfolg haben, die Anonymität der umzuwandelnden KapGes. zu beseitigen und die persönliche Haftung des Unternehmers zu begründen und leitet daraus die von ihm vertretene einschränkende Auslegung ab.

Diese Beweisführung erscheint auf den ersten Blick schlüssig, hält aber einer sorgfältigen Nachprüfung nicht stand. Zwei Gründe sind es vor allem, die gegen die von Groschuff befürwortete Auslegung sprechen:

a) Wie Böttcher-Meilicke[11]) ausführen, wird durch die erweiternde Auslegung des § 8 UmwandlG. die Rückkehr zur Eigenverantwortlichkeit in gewissem Sinne gefördert; die juristische Person, die bisher als Alleingesellschafter jeder persönlichen Haftung entzogen war, haftet nach erfolgter Umwandlung persönlich für die Schulden der übernommenen Gesellschaft.

Groschuff bezeichnet (a. a. O.) diese Begründung teils als unerheblich, teils als unrichtig. Er geht davon aus, daß die übernehmende KapGes. wiederum als übernehmende Kapitalform nur beschränkt — in Höhe ihres Stammkapitals — hafte. Das sei aber das Gegenteil der „Eigenverantwortung des Unternehmers"[12]).

Zunächst ist es nicht richtig, daß die übernehmende Gesellschaft eine KapGes. sein muß. Legt man den von dem UmwandlG. verwendeten technischen Begriff der KapGes. zugrunde (AktG., GmbH., KommGes. a. A.), so ergibt sich, daß auch andere juristische Personen in Frage kommen, so z. B. eingetragene Vereine, Genossenschaften, bergrechtliche Gewerkschaften usw.

Abgesehen davon ist es aber unrichtig, daß die übernehmende juristische Person (KapGes.) nur in Höhe ihres Stammkapitals für die Schulden der übernommenen Gesellschaft) haftet. Die übernehmende juristische Person, gleichgültig ob KapGes. oder nicht, haftet für die Schulden der übernommenen Gesellschaft persönlich, unbeschränkt und unbeschränkbar. Das bedeutet aber einen wesentlichen Fortschritt in der Richtung einer Haftung der an der übernommenen Gesellschaft Beteiligten. Während die juristische Person früher als Gesellschafter der umgewandelten KapGes. überhaupt nicht persönlich für ihre Schulden einzustehen hatte, haftet sie jetzt persönlich und unbeschränkt. Damit ist aber gerade die Überwälzung der persönlichen Haftung vollzogen, die der Gesetzgeber durch die erleichterte Umwandlung fördern will.

Richtig ist allerdings, daß die Haftung der hinter der

*) Nach Drucklegung ist ein Aufsatz von Lange: WirtschBlJHK. Berlin 1934, 1413 ff. bekanntgeworden, der eine weitgehende Übereinstimmung mit den Ansichten des Verfassers enthält.

[1]) JW. 1934, 2661 ff.; s. auch JW. 1934, 1824.

[2]) Böttcher-Meilicke, Umwandlung und Auflösung von AktG. und GmbH., Berlin 1934, Verlag Franz Vahlen, Anm. I 2 zu § 8 UmwandlG., S. 38 ff.

[3]) DJZ. 1934, 1131 ff. (1134). [4]) Dt. Justiz 1934, 1260.

[5]) DNotZ. 1934, 558 ff. (565). [6]) DNotZ. 1934, 716 ff. (726).

[7]) JW. 1934, 2700[2]. [8]) GmbHRdsch. 1934, 769 ff. (775).

[9]) BankArch. XXXIII (1934), 430 ff. (434).

[10]) Dt. Justiz 1934, 883 ff.

[11]) a. a. O., Anm. I 2c zu § 8, S. 39 ff.

[12]) a. a. O. S. 2661.

übernehmenden Gesellschaft (juristische Person) stehenden natürlichen Personen nicht begründet wird. Es muß aber für die Zulassung der erleichterten Umwandlung bereits ausreichen, wenn die persönliche Haftung näher an diese Personen herangerückt wird. Die Zahl der schützenden Hüllen, die diese natürliche Personen umgeben, hat sich um eine Hülle vermindert; das Dunkel der Anonymität ist wenigstens zum Teil aufgehellt worden.

Damit löst sich auch der von Groschuff festgestellte innere Widerspruch dieser Beweisführung auf. Mit Recht hebt daher auch Bergmann[13]) hervor, daß die erweiternde Auslegung „einen Fortschritt i. S. gesünderer Haftungsverhältnisse und offenerer Geschäftspolitik" bedeute, während Seybold[14]) anerkennt, daß „die Abkehr von anonymen Kapitalformen zur Eigenverantwortung erleichtert" werde.

b) Ferner ist zu beachten, daß der Gesetzgeber durch die erleichterte Umwandlung nicht nur die Abkehr von anonymen Kapitalformen, sondern auch die Auflösung übermäßiger Verschachtelungen (Entschachtelung) fördern will[15]), wie insbes. in der amtlichen Begründung zum Ausdruck kommt. Diese beiden Zweckbestimmungen des Gesetzes stehen, wie auch Quassowski anerkennt[16]), vollkommen selbständig nebeneinander. Schon aus diesem Grunde ist der Versuch Groschuffs, die eine Zweckbestimmung des Gesetzes gegen die andere auszuspielen[17]), verfehlt.

Groschuff führt, um beiden Zweckbestimmungen gerecht zu werden, aus, die Entschachtelung könne ja auch in der Weise erfolgen, daß zunächst die unterste KapGes., d. h. die Gesellschaft, auf der sich die Verschachtelung der übrigen Gesellschaften aufbaut, in die Eigenverantwortlichkeit der beteiligten natürlichen Personen überführt werde, danach die nächstfolgende Gesellschaft usw., bis zuletzt die letzte Gesellschaft umgewandelt worden sei.

Dieses Prinzip der „Umwandlung von unten" kann nicht als eine brauchbare Lösung des Problems angesehen werden, ja sie widerspricht sogar den Bedürfnissen und Notwendigkeiten der Praxis.

Die Zurückführung der Entschachtelung muß erfolgen und erfolgt in der Praxis tatsächlich immer nur durch „contrarius actus". In der gleichen Weise, in der sie aufgebaut worden ist, wird die Verschachtelung auch wieder abgebaut. Genau wie beim Aufbau aus der Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft und aus dieser wiederum eine Betriebsgesellschaft entsteht, so muß umgekehrt zuerst die letzte Betriebsgesellschaft, dann die Tochtergesellschaft und zuletzt die Muttergesellschaft umgewandelt werden.

Wenn Groschuff ausführt, die Umwandlung müsse nicht bei der Spitze, sondern bei dem Fundament des Gebäudes, der letzten tragenden KapGes., erfolgen, so muß, um den Vergleich zu Ende zu führen, das Gebäude durch die vorzeitige Forträumung des Fundaments in sich zusammenbrechen. Man stelle sich etwa vor, daß eine unserer großen Konzerngesellschaften in der von Groschuff angegebenen Weise entschachtelt werden soll. Würde zunächst die Hauptgesellschaft (Muttergesellschaft) und erst danach die zahlreichen Untergesellschaften umgewandelt werden, so würden nach der Auflösung der Hauptgesellschaft diese Gesellschaften vollkommen in der Luft hängen. Die Aufgabe der Leitung und Lenkung der übrigbleibenden Gesellschaften bis zur späteren Umwandlung könnte von den hinter der umgewandelten Hauptgesellschaft stehenden natürlichen Personen nicht gelöst werden.

Hinzu kommt, daß sich der eigentliche Geschäftsverkehr vielfach nicht bei der tragenden Muttergesellschaft, sondern vielmehr bei den Tochtergesellschaften, insbes. bei den Betriebsgesellschaften, abspielt, so insbes. im Falle der sog. Holdinggesellschaft, deren Aufgabe sich im wesentlichen auf die Verwaltung und Kontrolle der Gesellschaftsrechte bei den abhängigen Gesellschaften beschränkt. Gläubiger werden deshalb in erheblichem Maße nur bei den eigentlichen Betriebsgesellschaften vorhanden sein. Es wäre daher widersinnig, zunächst die Muttergesellschaft zur Eigenverantwortung zu überführen, während die Betriebsgesellschaften, die für den eigentlichen Geschäftsverkehr zu sorgen haben, am längsten anonym bleiben und der Eigenverantwortung entzogen werden könnten.

Nach alledem kann die von Groschuff vertretene Meinung nicht gebilligt werden[18]).

4. Abschließend sei daher folgendes festgestellt:

Die Umwandlung nach § 8 UmwandlG. ist auch dann zulässig, wenn eine juristische Person alleiniger Gesellschafter der umzuwandelnden KapGes. ist.

Der gleiche Grundsatz muß auch sinngemäß für die entsprechenden nach dem UmwandlG. noch möglichen Fälle gelten.

Die erleichterte Umwandlung kann daher auch in folgenden Fällen erfolgen:

a) Eine juristische Person ist als Gesellschafter an einer bestehenden OHG. (KommGes.) beteiligt, in deren Hand sich sämtliche Geschäftsanteile (Aktien) der umzuwandelnden AktG. (GmbH., KommGes. a. A.) befinden (§§ 2ff., 12—14 UmwandlG.[19])).

b) Eine KapGes. soll in der Weise umgewandelt werden, daß ihr Vermögen auf eine unter den Gesellschaftern, darunter auch eine juristische Person, zu errichtende OHG. (KommGes.) übertragen wird (§§ 9ff., 12—14 UmwandlG.[20])).

Wenn Groschuff gegenüber den beiden letztgenannten Fällen auf die Mängel hinweist, die sich aus der Zulassung einer nicht ausschließlich aus natürlichen Personen bestehenden Personalgesellschaft ergeben[21]), so ist dem folgendes entgegenzuhalten:

Im Falle a kann an dem bereits vorhandenen und eingetragenen Gebilde der OHG., zu deren Gesellschaftern außer natürlichen auch juristische Personen gehören, „de lege lata" nichts geändert werden.

Im Falle b sind schädliche Rückwirkungen auf die Praxis des Gesellschaftsrechts nicht zu befürchten, da es sich hier um eine kraft Gesetzes (§ 11 Abs. 2 UmwandlG.) entstandene OHG. handelt[22]). Dieser Fall kann aber nicht ohne weiteres mit dem der Entstehung einer OHG. kraft Gesellschaftsvertrages verglichen werden. Die Rechtsprechung ist also durch eine für den Bereich des Umwandlungsgesetzes erfolgte Zulassung einer „gemischten" OHG. nicht gehindert, der künftigen vertraglichen Bildung einer derartigen OHG. einen Riegel vorzuschieben.

5. Im übrigen steht zu erwarten, daß die hier behandelte Streitfrage in nicht allzulanger Zeit durch eine DurchfVO. geklärt werden wird, soweit eine derartige Regelung angesichts der für die erweiternde Auslegung stimmenden herrschenden Meinung noch notwendig ist.

II.

Erwiderung

Von Amtsgerichtsrat Groschuff, Berlin

Dem Gesetzgeber kann nicht zugemutet werden, sofort in jede auftauchende Zweifelsfrage regelnd einzugreifen. Um so mehr ist es zu begrüßen, wenn zunächst von der Fachpresse versucht wird, zu einer Klärung zu gelangen. Die anregenden Ausführungen Dr. Böttchers geben mir aber keinen Anlaß, de lege lata von meinem in JW. 1934, 1823 und 2661 eingenommenen Rechtsstandpunkt abzuweichen.

Zunächst stellt Böttcher fest, daß ich die „herrschende Meinung" gegen mich habe. Damit wäre ich also „überstimmt". Indes, ich kann nicht zugeben, daß hier die Mehrheit die Macht hat. Denn streiten läßt sich nicht mit Meinungen, sondern nur mit Gründen; Gründe aber sind bisher nur von Böttcher-Meilicke (Umwandlung und Auf-

---

[13]) a. a. O. S. 1334.
[14]) a. a. O. S. 727.
[15]) Vgl. Böttcher-Meilicke a. a. O., Anm. I 2 zu § 8, S. 39.
[16]) a. a. O. S. 565.
[17]) a. a. O. S. 2662.
[18]) Gegen Groschuff auch Seybold, Bergmann a. a. O. sowie das KG a. a. O.
[19]) Vgl. Böttcher-Meilicke a. a. O., Anm. I zu § 2, S. 20.
[20]) Vgl. Böttcher-Meilicke a. a. O., Anm. 3 zu § 9, S. 44.
[21]) a. a. O. S. 2661.
[22]) Vgl. Böttcher-Meilicke a. a. O., Anm. 6 zu § 11, S. 51.

lösung, S. 39 Nr. I 2 zu § 8) und von mir vorgebracht worden. Der gelegentlichen Meinungsäußerung des KG. in der eine ganz andere Frage — die Errichtung einer Komm.-Ges. a. A. — betreffenden Entscheidung (JW. 1934, 2700[2]) kann Bedeutung nicht beigemessen werden, weil dort kein Anlaß bestand, zu der hier in Rede stehenden Frage mit eingehender Begründung grundsätzlich Stellung zu nehmen.

Es kommt also an auf die Macht der Gründe. In dieser Hinsicht ist der von Böttcher zu 2 angeführte Auslegungsgrund bereits JW. 1934, 2661 und 2663 (oben) widerlegt. Die vom Gesetzgeber bewußt angewandte Technik der Gegenüberstellung einer bestehenden und zu errichtenden offenen Handelsgesellschaft (§§ 2 ff., 9) hinderte ihn nicht, in § 8 die Gleichsetzung der natürlichen und der juristischen Person in geeigneter Weise zum Ausdruck zu bringen (z. B.: in der Hand einer natürlichen oder juristischen Person; oder durch einen besonderen Absatz). Dazu war um so mehr Anlaß, als unstreitig die Personengesamtheit nicht unter § 8 fällt und nach der von Böttcher nicht bekämpften „Amtlichen Erläuterung" (DJ. 1934, 883), die die Motive des Gesetzgebers deutlich erkennen läßt (JW. 1934, 2662), eine Eigenverantwortung i. S. der Präambel nicht vorliegen würde.

Was Böttcher zu 3a anführt, sind nicht Rechtsgründe, sondern Zweckmäßigkeitserwägungen. Den Rechtsbeweis, daß unter „eine Hand" i. S. des § 8 auch „juristische Personen" fallen, ist er schuldig geblieben. Wenn sie darunter fallen, würden neben Kapitalgesellschaften auch „Vereine, Genossenschaften, Gewerkschaften" hierher gehören. Diese Fälle sind so selten, daß sie bei der Redaktion des Gesetzes kaum eine entscheidende Rolle gespielt haben dürften. Ich bestreite, daß hier eine Eigenverantwortung i. S. des UmwandlG. überhaupt möglich ist. Dies bleibt also noch zu beweisen. Gegenüber der Behauptung Böttchers, die übernehmende juristische Person hafte für die Schulden der übernommenen Gesellschaft nicht nur persönlich, sondern auch „unbeschränkt und unbeschränkbar", stelle ich erneut die Gegenfrage: womit, wenn nicht bloß beschränkt in Höhe ihres Stammkapitals?

Den Ausführungen zu 3b halte ich erneut die „Amtliche Erläuterung" entgegen. Es ist nicht so, daß das Gesetz zwei selbständige Zwecke — 1. die Abkehr von anonymen Kapitalformen, 2. die Entschachtelung — fördern will. Es will vielmehr nur „auch" durch Entschachtelung den alleinigen ersten Zweck fördern. Die „Entschachtelung" ist nicht Zweck, sondern Mittel. Nachdem die „Amtliche Erläuterung" Rechenschaft über das Wollen des Gesetzgebers — insbes. auch über die Rückgängigmachung übermäßiger Verschachtelungen — abgelegt hat, fährt sie fort: „Die Umwandlung, die das Gesetz zur Erreichung des verfolgten Zweckes (sc. der Abkehr von anonymen Kapitalformen zur Eigenverantwortung) zuläßt, ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die betreffende Kapitalgesellschaft ... sich durch Beschluß ihres zuständigen Organs eine andere Rechtsform gibt. Ein solches Verfahren wäre nicht möglich, weil nicht nur die Rechtsform, sondern auch die Rechtspersönlichkeit wechselt: an die Stelle (!) ... tritt ... eine Personengesamtheit (!) ... oder, wie bei der Umwandlung in ein Einzelunternehmen (!), eine Einzelperson." (!)

Ist Alleingesellschafter eine Kapitalgesellschaft, so wechselt die Rechtsform dann, wenn auflösende und übernehmende Gesellschaft dieselbe Rechtsform der GmbH. oder der AktG. oder der KommGes. a. A. haben, bestimmt nicht; ist Alleingesellschafter ein Verein, eine Genossenschaft oder eine Gewerkschaft, so liegt weder eine „Personengesamtheit" noch ein „Einzelunternehmen" vor, die ins A-Register einzutragen wären, sondern — falls sie ein Handelsgewerbe betreiben — eine ins B-Register einzutragende „juristische Person, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes (!) zu erfolgen hat" (§ 33 i. Verb. m. §§ 1, 2, 4 HGB.; § 16 AV. v. 7. Nov. 1899 [JMBl. 313][1]). Die „Amtliche Erläuterung" weist deutlich auf Überführung ins A-Register hin. Damit entfällt die Ansicht, daß unter „eine Hand" auch juristische Personen — einschl. Kapitalgesellschaften — fallen.

Wenn Böttcher den Vergleich mit dem Umbau eines Gebäudes bemängelt, so ist zu erwidern: die moderne Technik verfügt über die Möglichkeit, den Umbau beim Fundament zu beginnen (vgl. Opernhaus und S.-Bahn in Berlin). Das Bild ist also nicht einmal schief. Im übrigen entspricht die Umwandlung „von unten" der nationalsozialistischen Umwandlung der Gesellschaftsordnung „von unten her". Was Böttcher gegen die Ausführbarkeit der Entschachtelung „von unten her" vorbringt, ist schlechterdings unverständlich. Ein einfaches Beispiel aus der Tagespraxis möge die Frage beleuchten: Eine Verlags-AktG. ist alleiniger Gesellschafter von zwei Tochtergesellschaften, einer Verlags-GmbH. und einer Film-GmbH., die jede ein angebliches Stammkapital von 500 *RM* besitzen. Jede dieser GmbH. macht eine Bilanz auf wie folgt:

Aktiva:

Forderung an Verlags-AktG.: 500,— *RM*

Passiva:

Stammkapital: 500,— *RM*

Böttcher läßt nun zu: die Umwandlung jeder GmbH. in die AktG. gem. § 8. Die AktG. aber denkt nicht daran, sich ihrerseits umzuwandeln. Damit sind zwei Kapitalgesellschaften, die offenbare Seifenblasen sind, aus der Welt geschafft. Von Eigenverantwortung aber ist keine Spur! Ich überlasse wirtschaftlichen Sachverständigen die Entscheidung, ob für die Gläubiger der Tochtergesellschaften etwas zu holen ist, wenn auch die AktG. ein Trugbild ist und der dahinterstehende vermögende Alleingesellschafter sich auf die Haftungsbeschränkung der AktG. berufen kann.

Es ist nicht einzusehen, weshalb die Umwandlung nicht am andern Ende beginnen könnte. Der Alleingesellschafter August Schulze der AktG. übernimmt als Einzelkaufmann gem. § 8 das Vermögen der AktG. im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, also einschließlich der GmbH.-Anteile an den Tochtergesellschaften, und übernimmt anschließend das Vermögen der Tochtergesellschaften als Einzelkaufmann gem. § 8. Dann sind alle drei Kapitalgesellschaften aus der Welt geschafft, und zwar unter Herbeiführung der Eigenverantwortung.

Hält man gesetzlich „nur" diesen letzten Weg für gangbar, so besteht ein „Zwang" zur Herbeiführung der Eigenverantwortung. Selbst wenn die Umwandlung der Tochtergesellschaften unterbleibt, ruht das Gesamtgebäude wenigstens auf der Eigenverantwortung des August Schulze selbst. August Schulze haftet also jedem Gläubiger bis auf den letzten Pfennig. Das ist persönliche und unbeschränkte Haftung und mithin Eigenverantwortung. Es ist schlechthin unverständlich, weshalb auch „die Aufgabe der Leitung und Lenkung" der übrigbleibenden Tochtergesellschaften durch August Schulze bis zu ihrer späteren Umwandlung nicht sollte gelöst werden können. Das Gegenteil ist richtig: der wahre Leiter des Gesamtunternehmens (August Schulze) tritt aus dem Dunkel der Anonymität nunmehr sichtbar in den Vordergrund, und das bedeutet: Verwirklichung des Führerprinzips nach dem Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit.

Diese Umwandlung „von unten her" würde ausführbar sein, auch wenn statt eines Alleingesellschafters mehrere Gesellschafter an der Verlags-AktG. beteiligt wären (§§ 9 ff.).

Damit erledigen sich die übrigen Einwendungen Böttchers.

Ob durch eine DurchfVO. die Frage zu klären ist im Sinne von Böttcher, ist eine Frage, die wesentlich von Gründen der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit und Verkehrssicherheit beherrscht wird. Sie würde nichts besagen gegen die Richtigkeit der hier vertretenen Gegenmeinung hinsichtlich des bis dahin geltenden Rechts, diese vielmehr bestätigen und lediglich den Umwandlungsbau erweitern.

[1]) Die Frage, ob Umwandlung in Verein, Genossenschaft oder Gewerkschaft als Alleingesellschafter dann möglich ist, wenn diese juristischen Personen kein „Handelsgewerbe" betreiben, und ob sie dann aus dem Handelsregister ganz verschwinden können, lasse ich einstweilen dahingestellt, da die Vorfrage der Auslegung des § 8 („eine Hand") noch streitig ist.

Vollstreckungsmaßnahmen während anhängiger Entschuldungsverfahren

A. Für die Vollstreckung während anhängiger Entschuldungsverfahren ist zunächst zu unterscheiden zwischen beteiligten und unbeteiligten Forderungen.

I. Beteiligt sind grundsätzlich sowohl im Osthilfe- wie im Schuldenregelungsverfahren alle dinglichen und persönlichen Ansprüche, die z. B. der Eröffnung des Verfahrens gegen den Betriebsinhaber bestanden. Dazu gehören auch die Ansprüche auf nach Eröffnung des Verfahrens fällig werdende wiederkehrende Leistungen auf vorher begründete Stammrechte. Außerdem gelten für die Schuldenregelungsverfahren nach Art. 6 Abs. 1 der 6. DurchfVO. Rechtsverfolgungskosten auch dann als beteiligt, wenn der sie begründende Rechtsakt (Klage, Vollstreckung) erst nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommen, der verfolgte Rechtsanspruch aber am Verfahren beteiligt ist. Eine Wechselforderung ist beteiligt, wenn die Grundforderung beteiligt ist.

II. Nichtbeteiligt sind außer den nach Eröffnung des Verfahrens begründeten und nicht unter I erwähnten Ansprüchen im Schuldenregelungsverfahren die in Art. 6 der 2. DurchfVO. i. d. Fass. des Art. 3 Nr. II der 3. DurchfVO. und des Art. 44 der 6. DurchfVO. und in Art. 6 Abs. 2 der 6. DurchfVO. genannten Forderungen, ferner Gräserkredite nach dem Gesetz v. 28. März 1934, Forderungen aus Düngemittel- und Saatgutlieferungen nach § 5 des Ges. v. 15. Nov. 1934 und Kredite, die mit Rücksicht auf einen später widerrufenen Entschuldungsverzicht gegeben sind (Art. 25 der 3. DurchfVO.). Im Osthilfeverfahren gibt es keine besonderen nichtbeteiligten Forderungen.

B. I. Wegen nichtbeteiligter Forderungen kann während anhängiger Entschuldungsverfahren in das bewegliche Vermögen ungehindert vollstreckt werden (§ 8 SichVO.; § 3 der 6. OsthilfeDurchfVO.; Art. 5 LandwEntschVollstrSchVO. v 27. Dez. 1933). Jedoch gilt gegenüber Erbhofbauern der Vollstreckungsschutz der §§ 38, 39, 59 RErbhofG. (Art. I § 6 des 2. LandwVollstrSchG. v. 27. Dez. 1933). Der allgemeine Vollstreckungsschutz v. 26. Mai 1933 findet auf derartige Vollstreckungsmaßnahmen sowohl im Osthilfe- wie auch im Schuldenregelungsverfahren keine Anwendung (Art. 1 § 5 des 2. LandwVollstrSchG. v. 27. Dez. 1933).

II. Für die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen wird nicht zwischen beteiligten und unbeteiligten Forderungen unterschieden.

C. I. Im Osthilfeverfahren mit Sicherungsschutz sind neue Vollstreckungsmaßnahmen wegen beteiligter Forderungen schlechthin unzulässig. Anhängige Vollstreckungsmaßnahmen sind aufgehoben. Das gleiche gilt für nichtbeteiligte Forderungen hinsichtlich der Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich der Eintragung einer Zwangshypothek.

II. Im Osthilfeverfahren ohne Sicherungsschutz und im Schuldenregelungsverfahren gelten die Vorschriften der Art. 2—4, 7 und 8 LandwVollstrSchVO. v. 27. Dez. 1933. Hiernach gilt folgendes:

1. a) Alle anhängigen Vollstreckungsmaßnahmen wegen beteiligter Forderungen in das bewegliche Vermögen werden mit der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens bzw. mit dem 1. Jan. 1934 kraft Gesetzes einstweilen eingestellt.

b) Anhängige Zwangsversteigerungen landwirtschaftlicher, forstwirtschaftlicher oder gärtnerischer Grundstücke wegen beteiligter oder nichtbeteiligter Ansprüche werden ebenso einstweilen eingestellt.

c) Anhängige Zwangsverwaltungen der zum landwirtschaftlichen usw. Betriebe gehörigen Grundstücke wegen beteiligter oder nichtbeteiligter Ansprüche werden aufgehoben.

d) Besonderes gilt für Zwangshypotheken (siehe unten C II 3).

2. Für neue Vollstreckungsmaßnahmen ist die Rechtslage zweifelhaft.

a) Unstreitig ist:

α) Die Zwangsverwaltung über ein zum landwirtschaftlichen Betriebe gehöriges Grundstück des Betriebsinhabers kann während eines Entschuldungsverfahrens nicht eingeleitet werden.

β) Die Zwangsversteigerung eines zum landwirtschaftlichen usw. Grundstücks des Betriebsinhabers kann während des Entschuldungsverfahrens nicht durchgeführt werden.

γ) Die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen des Betriebsinhabers kann auf Antrag des Gläubigers von dem Entschuldungsgericht bewilligt werden (Art. 4 VO. v. 27. Dez. 1933).

b) Streitig ist:

α) ob die Anordnung der Zwangsversteigerung bei gleichzeitiger Einstellung kraft Gesetzes während des Entschuldungsverfahrens zulässig ist; so LG. Hannover v. 11. April 1934 [1 I T 758/34], Kommentar von Schultze-Seifert, Vollstreckungsschutz, Berlin 1934, S. 405/406 und v. Rozycki-v. Hoewel bei der Besprechung dieses Kommentars in JW. 1934, 1335 — gegen die amtliche Auffassung des RJM. und PrJustMin. und im Anschluß daran Jonas-Pohle, Kommentar zum landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz; Harmening-Pätzold, Nachtrag zum Kommentar über die landwirtschaftliche Schuldenregelung — dort ist auf S. 32 das grundlegende Schreiben des RJM. an den PrJustMin. abgedruckt (ebenso Deutsche Justiz 1934, 77) —; Pohle: Deutsche Justiz 1934, 91 f.; Heinrich: Amtl. Mitt. in Entschuldungssachen, Heft 28; v. Arnswaldt: Recht des Reichsnährstandes 1934, Heft 1, sowie neuerdings LG. Stade: JW. 1934, 2647;

β) ob die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen unter gleichzeitiger Einstellung zulässig ist (Streitfrage wie zu α). Ist sie zulässig, so ist der Antrag nach Art. 4 der VO. v. 27. Dez. 1933 (vgl. a/γ) beim Entschuldungsgericht dahin zu stellen, daß es der einstweilen eingestellten Vollstreckung „Fortgang gibt"; ist sie nicht zulässig, so ist der vorgenannte Antrag dahin zu stellen, daß es die Vollstreckung „zuläßt" (so die amtliche Auffassung).

3. Für die Eintragung einer Zwangshypothek und ihre Bedeutung gilt folgendes:

a) Ist vor Eröffnung des Verfahrens eine Zwangshypothek eingetragen, so gilt

α) für Schuldenregelungsverfahren: Ist die der Zwangshypothek zugrunde liegende Forderung an dem Verfahren beteiligt, so ist für die Frage, ob sie als mündelsicher gilt, der Rang der Zwangshypothek entscheidend (Richtl. Teil II Nr. 22); bei erfolgreicher Durchführung des Schuldenregelungsverfahrens wird die Zwangshypothek gelöscht; denn die Vollstreckungsmaßnahme ist als eine nicht beendete Vollstreckung auf Grund des Art. 6 der VO. v. 27. Dez. 1933 aufzuheben. Die Forderung wird im Schuldenregelungsverfahren durch Eintragung einer Tilgungshypothek nach § 15 SchRG. gesichert;

β) für Osthilfeverfahren ohne Sicherungsschutz: Besondere Vorschriften darüber, ob die Forderung als mündelsicher gilt, soweit die Zwangshypothek innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze liegt, sind nicht erlassen. Da es sich um eine reine Rechtsfrage handelt, ist sie nicht anders als für die Schuldenregelungsverfahren zu beantworten. Da die VO. v. 27. Dez. 1933 auch für die Osthilfeverfahren ohne Sicherungsschutz gilt, wird auch bei diesen Verfahren nach erfolgreicher Durchführung die Zwangshypothek gelöscht. Hier kann aber der Entschuldungsplan Abweichendes vorsehen. Regelmäßig werden in Osthilfeverfahren, soweit mir bekannt, solche Forderungen in bar oder in unbar abgelöst;

γ) für Osthilfe-Sicherungsverfahren: Der Grundstückseigentümer erwirbt mit der Eröffnung des Verfahrens die Hypothek nach § 8 SicherungsVO., §§ 776, 868 ZPO. als Eigentümergrundschuld (vgl. oben C I).

b) Während des Verfahrens ist die Eintragung einer Zwangshypothek:

α) bei Schuldenregelungsverfahren wegen der Grundbuchsperre des § 8 SchRG. unzulässig (zwischen dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens und der Eröffnung ist die Eintragung zulässig; es gilt das zu a α) Gesagte),

β) bei Osthilfeverfahren ohne Sicherungsschutz zulässig (bei erfolgreicher Durchführung gilt aber das zu a β Gesagte),

γ) bei Osthilfe-Sicherungsverfahren wegen des Vollstreckungsverbots des § 8 SicherungsVO. v. 17. Nov. 1931 unzulässig.

LGR. Dr. v. Arnswaldt, Berlin.

Gemeinsame Mitteilung des Reichsfachgruppenleiters Rechtsanwälte und des Präsidiums der Reichsrechtsanwaltskammer

Durch die Ausführungen des Preußischen Ministerpräsidenten Hermann Göring in seiner großen Rede vor der Akademie für Deutsches Recht wurde in einzelnen Kreisen die Befürchtung erweckt, daß sich vielfach noch immer das Bild des deutschen Rechtsanwalts nach dem aus liberalistischer Zeit stammenden Zerrbild eines von fremden Händeln lebenden eigensüchtigen schwatzhaften Advokaten gestaltet, der in gleicher Weise gegen hohe Bezahlung für Recht und Unrecht eintrete.

Für den Advokaten dieses Stils ist in der heutigen Anwaltschaft kein Raum mehr. Der deutsche Rechtsanwalt des Dritten Reiches aber wird durch solche Karrikatur nicht getroffen. Er hat sich längst sein neues Idealbild geschaffen und fühlt sich als Wahrer und Mittler des Rechtes und als Fürsprecher und Rechtsfreund des Bedrängten, der seine Sache nicht selbst verfechten kann. Er ist damit für das deutsche Rechtsleben ebenso notwendig wie der Richter, dessen es bei einer primitiven und ideal-einträchtigen Gemeinschaft ebenfalls nicht bedürfen würde, wenn jeder Volksgenosse das Gefühl des richtigen Rechts im Herzen trüge und daher niemals die Rechtssphäre eines anderen oder der Gemeinschaft verletzen könne. Die Formen des Lebens sind aber heute so vielgestaltig, daß ein rechtskundiger Berater und Vertreter unentbehrlich ist.

Der deutsche Rechtsanwalt im nationalsozialistischen Staat ist sich seiner Pflichten als Rechtswahrer gegenüber Volk und Staat voll bewußt. Die Reichsrechtsanwaltskammer hat in ihren Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufs diese Pflichten festgelegt; durch die Ehrengerichte wird ihre Befolgung überwacht.

Die Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen erfaßt alle ihre Mitglieder zur Schulung und Erziehung im Geiste nationalsozialistischer Volksverbundenheit. Das Amt der Rechtsabteilung-Reichsleitung für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes hat in engster Verbindung mit der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte im ganzen Reichsgebiet die ehrenamtliche unentgeltliche Rechtsbetreuung für alle minderbemittelten Volksgenossen sichergestellt, und alle Angehörigen der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte — d. h. die ungeheure Mehrzahl aller bei den deutschen Gerichten zugelassenen arischen Anwälte — haben sich trotz der eigenen wirtschaftlichen Bedrängnis freiwillig und freudig in den Dienst dieser großen Aufgabe gestellt.

Der deutsche Rechtsanwalt ist dem Volke ein unentbehrlicher Freund und Berater in seinen Rechtsnöten und setzt damit die beste Tradition der nationalsozialistischen Vorkämpfer in der Anwaltschaft fort, die in der Kampfzeit ihren Kameraden von der SA., SS. und PO. unter Einsatz jedes Opfers helfend und schützend zur Seite gestanden haben.

Berlin, den 24. November 1934

Das Präsidium
der
Reichsrechtsanwaltskammer
gez. Dr. Neubert
Präsident

Der Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwälte des BNSDJ.
und Leiter des Amtes der Rechtsabteilung-Reichsleitung
für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes
gez. Dr. Raeke
Reichsamtleiter, M. d. R.

Winterhilfswerk an der Saar

Der Kampf unserer Brüder und Schwestern an der Saar um die Wiedervereinigung mit ihrer deutschen Heimat hat seinen Höhepunkt erreicht. Nur wenige Wochen noch sind es bis zum entscheidenden Abstimmungstage. Mit allen Mitteln versuchen die Gegner die Deutschen an der Saar doch noch ihrem Willen gefügig zu machen. Selbst das niederträchtigste Mittel, die Aushungerung, ist ihnen gerade gut genug. Haben schon die französischen Grubenverwaltungen 15 Jahre hindurch die deutschbewußte Arbeiterbevölkerung außer Lohn und Brot gebracht, so setzt jetzt von Frankreich aus eine planmäßige Wirtschaftssabotage ein, die den Deutschen an der Saar schwerste Opfer auferlegt. Unsere Aufgabe im Reich ist es, dafür zu sorgen, daß diese Pläne nicht zur Wirksamkeit gelangen. Es darf auch an der deutschen Saar in diesem Winter kein Volksgenosse hungern und frieren. Jeder deutsche Volksgenosse im Reich hat daher die Pflicht, sein Scherflein für das Winterhilfswerk an der Saar beizutragen. Er ist dazu in der Lage durch den Kauf des Jahrbuches 1935 „Unsere Saar" (Preis 1 RM), ein Buch, das ihm außerdem in vollendeter Weise alle die Probleme zeigt, die sich daraus ergeben könnten, wenn das festgefügte deutsche Recht auf die Saar gebrochen werden sollte. Wenn das deutsche Volk um diese Probleme weiß und jedem beabsichtigten Rechtsbruch seinen entschiedenen Abwehrwillen entgegensetzt, dann muß der Sieg unser sein.

Schrifttum

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen

PrivDoz. Dr. Reinhard Höhn: Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken. (Heft 5 der Schriftenreihe „Der deutsche Staat der Gegenwart".) Hamburg 1934. Hanseatische Verlagsanstalt. 46 S. Preis kart. 1,50 *RM.*

In dieser Schrift wird die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, oder besser: die Notwendigkeit einer Wandlung, aus der Gegenüberstellung des nationalsozialistischen und des individualistischen, souveränen Fürstenstaats entwickelt. Diesem Grundgedanken ist beizupflichten. Denn zutreffend weist der Verf. darauf hin, daß das individualistische Staatsprinzip nicht erst mit der parlamentarischen Demokratie, sondern bereits mit dem souveränen Fürstenstaat zur Herrschaft gelangte.

Das eigentliche Interesse der Schrift ist darauf gerichtet, überkommene Denkformen unserer Staatsrechtswissenschaft in ihrer Zuordnung auf den individualistischen Staatsbegriff zu erkennen und damit ihre Unbrauchbarkeit für die heutige staatsrechtswissenschaftliche Forschung zu erweisen. Dieser Nachweis wird insbes. geführt für die juristische Staatsperson, für die Auffassung, daß alle staatlichen Funktionen auf eine unsichtbare Rechtspersönlichkeit Staat zu beziehen seien. Die Entwicklung dieser Lehre vom Staat als Rechtspersönlichkeit wird durch die absolutistische Epoche hindurch bis zu ihrer dogmatischen Formulierung durch Albrecht dargestellt. Höhn trifft hier in der Tat ein Kernproblem der methodischen Neuorientierung. Denn die von Höhn mit Recht erhobene Forderung, die Vorstellung von der Staatspersönlichkeit aus dem staatsrechtlichen Denken auszumerzen, wirkt sich notwendig in alle Gebiete staatsrechtlicher Forschung hinein aus. Höhn beschränkt sich darauf, die Folgerungen in einer, allerdings sehr wesentlichen Richtung zu ziehen, indem er sich gegen die Lehre vom Staatsorgan wendet, die auf die Vorstellung vom Staat als Rechtspersönlichkeit zurückgeht. In einer dem Begriff der Reichsregierung und seiner Wandlung gewidmeten Untersuchung erprobt der Verf. die von ihm vertretene Methode an einem konkreten Beispiel. Der Schlußabschnitt ist einer Kritik der bisherigen Methode und der Umreißung neuer Ziele staatsrechtlicher Forschung gewidmet.

Der angesichts der Weite des Themas geringe Umfang der Schrift erklärt es, daß die Darstellung zum Teil andeutend und skizzenhaft bleibt. Mit hohen Erwartungen wird man darum der vom Verf. angekündigten ausführlichen Darstellung der Kernfragen dieser Schrift entgegensehen. Es wäre sehr zu wünschen, wenn die vorliegende Schrift von vielen Rechtsstudierenden (deren Hilflosigkeit in den Fragen der Methode dem Rechtslehrer immer wieder entgegentritt) gelesen würde.

Prof. Dr. Ernst Forsthoff, Frankfurt a. M.

Dr. Arthur R. Herrmann und Dr. Arthur Ritsch: Die Wirtschaft im nationalsozialistischen Weltbild. (Heft 3 der „Neugestaltung von Recht und Wirtschaft". Herausgegeben von C. Schaeffer.) 2. durchgesehene und ergänzte Aufl. Leipzig 1934. Schaeffer Verlag C. L. Hirschfeld. Preis 1,80 *RM.*

Die Schrift versucht in geschickt gegliederter, durch verschiedenen Druck übersichtlich gestalteter Darstellung, die den Schaefferschen Grundrissen eigen ist, eine lebendige Vorstellung der wirtschaftlichen Grundlehren und Grundanschauung des Nationalsozialismus zu vermitteln. Nacheinander werden abgehandelt: Wirtschaft und Weltanschauung, das Wesen der organischen Wirtschaft, die neue Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, die Brechung der Zinsknechtschaft, der Kampf gegen die Arbeitslosigkeit.

Überall lassen die Verf. den Führer und die Leiter der Bewegung, namentlich Feder, dem das Werk gewidmet ist, selbst sprechen, indem sie deren markante Aussprüche wörtlich wiedergeben und daran ihre eigenen Ausführungen anschließen. Sie erleichtern so das Eindringen in die Gedankenwelt und die Werke der Angeführten sehr und führen dadurch hoffentlich den Leser auch zu den Quellen selbst hin. Sie knüpfen aber auch die verbindenden Fäden zwischen den einzelnen Problemen und lehren das Wirtschaftsprogramm der NSDAP. als Ausfluß einer einheitlichen, rassisch bedingten Weltanschauung begreifen.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

RWiGR. Dr. Hans Klinger, Mitgl. d. Kartellgerichts: Die Rechtsprechung des Kartellgerichts. Heft II. Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. Preis 7 *RM.*

Das Buch von Klinger stellt die Fortsetzung des im Jahre 1930 erschienenen ersten Teils seiner „Rechtsprechung des Kartellgerichts" dar. Es enthält die Entscheidungen bis zum 31. Mai 1934. Berücksichtigt sind wiederum die bedeutsameren Entscheidungen der ordentlichen Gerichte, soweit sie die auch vom Kartellgericht behandelten Fragen betreffen. Dies ist sehr begrüßenswert, da insbesondere RG. und Kartellgericht in wichtigen Fragen nicht immer übereinstimmten.

Klingers Buch zeigt, daß zahlenmäßig in der Rechtsprechung des Kartellgerichts die Frage der fristlosen Kündigung auf Grund des § 8 KartVO. weiterhin im Vordergrund gestanden hat. Angesichts der immer mehr zunehmenden Zwangskartellierung dürfte allerdings diese Frage zukünftig an Bedeutung verlieren. Die Kündigungsrechtsprechung des Kartellgerichts hat aber ihre Bedeutung nicht nur für das Kartellrecht, vielmehr darüber hinaus für das allgemeine bürgerliche Recht, da die Kündigung aus wichtigem Grunde auch bei nichtkartellmäßigen Dauerschuldverhältnissen eine Rolle spielt (vgl. RG. 128, 15 = JW. 1930, 1387; 1934, 2407). In der Kartellrechtsprechung hingegen werden voraussichtlich die Sperrfragen betr. Entscheidungen an Zahl zunehmen, da auch die immer häufigeren Zwangskartelle der Präventivzensur des § 9 KartVO. unterliegen (E. 236).

Die in dem vorliegenden Band wiedergegebenen Entscheidungen betreffen zum Teil Fragen von weittragender Bedeutung. Hervorzuheben sind die Entscheidungen über die Frage des Kartellcharakters von Preisbindungen der zweiten Hand (Entsch. 195, 196) — teilweise abweichend das RG. in RG. 133, 51 = JW. 1932, 1874; 133, 330 = JW. 1931, 3662; 136, 65 = JW. 1932, 1870 —, ferner die Entsch. 219, in der sich das Kartellgericht mit dem Verhältnis von Kartellrecht (§ 9 KartVO.) und gewerblichen Schutzrechten (Lizenzvertrag) auseinandersetzt, und in der es ferner klarstellt, daß das Reichskulturkammergesetz nebst Ausführungsbestimmungen die geltenden Kartellrechtsnormen nicht berührt (vgl. dazu neuerdings Entsch. 236). Hinzuweisen ist noch auf die bedeutsame, in dem Buch Klingers nicht mehr berücksichtigte Entscheidung des RG. in JW. 1934, 2402.

Das Werk Klingers ist für jeden Kartelljuristen — sei es Richter, Anwalt oder Praktiker — von großem Wert. Es stellt die erwünschte und notwendige Ergänzung zu dem Kommentar von Müllensiefen-Dörinkel, Das neue Kartell-, Zwangskartell- und Preisüberwachungsrecht, 2. Aufl., dar. Während hier die fast unübersehbar gewordene Kartell- und Marktregelungsgesetzgebung systematisch wiedergegeben ist, ermöglicht die Arbeit Klingers einen schnellen und eingehenden Überblick über die bereits erheblich umfangreich gewordene Kartellrechtsprechung. Ein angenehmes Hilfsmittel ist das beide Hefte umfassende Stichwortverzeichnis.

RA. Dr. C. A. Walther, Berlin.

RA. Dr. Norbert Sohn, Berlin: Der Schutz des musikalischen Kunstwerkes gegen Verschandelung nach Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist. Ein Beitrag zur Urheberrechtsreform. Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. Preis kart. 4,50 *RM.*

Der Verf. hat sich zum Gegenstand seiner Arbeit ein Problem gewählt, dessen Erörterung nicht nur in die Tiefen urheberrechtlicher Erkenntnis führt, sondern zugleich den Wandel in urheberrechtlichen Betrachtungen aufdeckt. Daß Sohns Lösungsversuch tatsächlich keine Lösung bedeutet, will nichts besagen; verdienstvoll ist, daß er an die Lösung dieses Problems (mit der sich der Urheberrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht in seinen beiden letzten Sitzungen beschäftigt hat) mit dem Rüstzeug gereifter juristischer Erkenntnis und eines nicht gewöhnlichen Maßes von Kenntnissen des einschlagenden deutschen Schrifttums und der ausländischen Gesetzgebung herangegangen ist.

Daß der Versuch nicht gelungen ist, liegt (wie darzutun ist) daran, daß dem Verf. Begriff und Wirksamkeit des ständischen Aufbaues fremd ist, und daß er den Durchbruch neuer Ideen auch auf diesem Rechtsgebiete nicht erkannt, zum mindesten nicht genügend gewürdigt hat, so daß seine Auseinandersetzung mit Auffassungen aus früheren Jahren heute größtenteils gegenstandslos ist. Gerade weil auch Sohn nur ein Wegbereiter ist und auch nur dies sein will, hätte er versuchen sollen, aus der Fülle der Erscheinungen heraus das zu finden, was für die Zukunft wertvoll ist. Das ist bestimmt eine sehr hohe kritische Forderung: der hohen Leistung des Verf. jedoch entspricht diese Höhe des Maßstabes.

Sohn geht entsprechend der Erkenntnis der Interessenjurisprudenz (Rümelin, Heck, Stoll) von der Erforschung der

Lebensinteressen und des daraus entstehenden Interessengegensatzes aus und sucht in seinem Gesetzesvorschlag eine Abwägung dieser Interessen vorzunehmen, gewiß ein tadelfreies Unterfangen. Daß auch der Verf. — wie jeder von uns, der sich um die Aufzeichnung solcher Interessenbegrenzung bemüht hat — nicht vieläugig ist, sondern eben mit seinen Augen schaut, sein Blick zwar geschärft, aber auch gleichzeitig geblendet ist durch Stimmen im Schrifttum, kann nicht verkannt werden. Mag für manchen bei den de lege ferenda gemachten privaten Vorschlägen der letzten Jahre das Schwergewicht allzusehr auf die Wahrung der Interessen der „Verbreiter" oder der Allgemeinheit gelegt worden sein, Sohns Neigung gilt der Urheber-Seite.

Doch hütet er sich — als rechter Anhänger der Jurisprudenz — vor einer einäugigen Auffassung. Er formuliert (S. 124) das Ergebnis seiner Untersuchung dahin, daß „erst" die Besinnung auf die Interessenlage zeige, daß es sich beim (musikalischen) Urheberrecht um ein sozial gebundenes Recht handele, das dadurch gekennzeichnet ist, daß dem Komponisten sein Recht nur zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen nach eigenem Gutdünken gegeben ist, weil die Vermutung dafür spricht, daß er hierzu der Geeignetste ist. Mit anderen Worten: Der Urheber wird bei Sohn zu einer Art von Treuhänder zur Wahrnehmung der Interessen der Allgemeinheit, die nicht nur als vorherrschend, sondern innerlich, dem Wesen nach, als die einzig berechtigten anerkannt werden. Also gegenüber dem Ausgleich der Interessen, den Kopsch, Roeber und ich als das Wesen der sozialen Gebundenheit des Urheberrechts erkennen und vertreten, hier eine — wenigstens der Formulierung nach — Verlegung des Schwerpunktes, so daß man sich unwillkürlich fragt, worin bei einer solchen Auffassung die soziale Gebundenheit des Urheberrechts bestehe. Denn unter der sozialen Gebundenheit des Urheberrechts ist mit Kopsch, von dem die Formelung stammt (ArchFunkR. I [1928], 201), zu verstehen, daß „die Ansprüche, die sich aus seinem Schaffen herleiten, die Verbundenheit mit der sozialen Gemeinschaft niemals außer acht lassen können. Sie sind höchstpersönlich und sozial zugleich und darum durchaus anderen Charakters und in vielem weitergehend als die aus absolutem Recht abgeleiteten Ansprüche" (vgl. auch de Boor: Droit d'Auteur 1934, 115).

Und dieser Begriffsausdeutung hat sich das RG. in RG. 140, 270 = JW. 1933, 1766; 144, 112 = JW. 1934, 2040 angeschlossen. Wenn also jetzt bei Sohn eine Geringerbewertung, wenn nicht gar Verneinung eigenpersönlicher und eigenwertiger Rechte des Urhebers am Werke festzustellen ist, so ist das daraus zu erklären (wenn auch nicht zu billigen), daß er lediglich urheberpersönlichkeitsrechtliche Erwägungen anstellt. Dieses Urheberpersönlichkeitsrecht ist nun nicht dazu bestimmt und geeignet, die Lücken der vermögensrechtlichen Bestimmungen im UrhRG. dergestalt auszufüllen, daß damit neue Rechte und Ansprüche für den Urheber entstünden, sondern es dient, weil es das Werk als eigenpersönlichen Ausdruckswillen des Urhebers und damit also die Beziehungen des Urhebers zu seinem Werke schützt, dem Schutze sowohl der berechtigten persönlichen Interessen des Urhebers als Schöpfers als auch der Interessen der Allgemeinheit, der es gewährleistet, daß ihr das Werk in der Gestalt erhalten bleibe, welcher der Ausdruckswille seines Schöpfers ihm gegeben hat. Das Urheberpersönlichkeitsrecht schützt also — um mich der Ausdrucksweise Sohns zu bedienen — das Interesse, „das Maximum an möglicher Lustwirkung des jeweiligen Kunstwerkes gewährleistet zu sehen, das Kunstwerk als ‚adäquat' zu perzipieren".

Es bedeutet m. E. ein Verdienst des Verf., daß er den Gedanken, daß durch das Urheberpersönlichkeitsrecht diese Interessen der Allgemeinheit geschützt werden, scharf herausgearbeitet, sich also in bewußten Gegensatz gestellt hat zu denen, die, dem französischen Beispiel folgend, im Urheberpersönlichkeitsrecht (dem „droit moral", wie es noch im amtlichen Entwurf eines deutschen UrhRG. vom Jahre 1932 genannt wird) lediglich eine Erweiterung des Schutzrechtes für den Urheber sehen. Ob man bei solcher Erkenntnis überhaupt noch von einem Urheberpersönlichkeitsrecht sprechen kann, ob sich nicht vielmehr zur Kennzeichnung des Wesens dieses Rechts der Ausdruck „Urheberpersönlichkeitsschutz" empfehlen würde, kann hier nur angedeutet werden, wie auch der Hinweis auf ähnliche Gedanken im Urteil des TschechoslOGH.: Ufita VI (1933), 406 genügen möge. Aber — und das übersieht Sohn — seine richtige Lehre ist nur eine Weiterbildung dessen, was insbes. de Boor (Vom Wesen des Urheberrechts S. 133) über das Urheberpersönlichkeitsrecht gelehrt hat.

Hätte Sohn den Gedanken der sozialen Gebundenheit tiefer erfaßt, so hätte er auch den Standpunkt gefunden zur Beurteilung des Schrifttums über seine Sonderfrage wie überhaupt der urheberrechtlichen Fragen. Er hätte dann zu scheiden gelernt zwischen jenen, die — befangen im Banne französ. individualistischer pro-autore-Anschauung — lediglich als Interessentenvertreter das Wort genommen haben, und jenen, die den Ausgleich einander widerstrebender Interessen im UrhRG. vorzunehmen suchten, also längst vor dem Durchbruch jetziger Anschauungen sich um das gleiche bemühten. Der Verf. hätte dann auch z. B. das RGes. v. 4. Juli 1933, in dem der deutsche Gesetzgeber zum ersten Male diesen gesetzlichen Ausgleich der Interessen des einzelnen und der Interessen der Allgemeinheit in einer bestimmten Frage vollzogen hat, richtig bewertet.

Wenn der Verf. in richtiger Erkenntnis, daß das Urheberrecht ein sozial gebundenes Recht ist, sich noch zur weiteren Erkenntnis durchgerungen hätte, daß diese soziale Gebundenheit in einem organischen Gebundensein der widerstrebenden Interessen besteht, so hätte er wahrscheinlich auch eine bessere Lösung seines Problemes gefunden. Er will durch Sondergesetz die Werke der hohen Kunstmusik nach ihrem Freiwerden gegen Wiedergabe an zu angemessener Aufnahme ungeeigneten Orten, gegen ihre Verwendung zu Musik von bestimmungsgemäß niederer Gattung und gegen nicht bekanntgemachte Änderungen schützen, Rechtsgedanken, die beifallswürdig sind (wobei nur die Förmelung der gesetzlichen Bestimmung nicht glücklich ist). Zwar schaltet er die berufsständische Vertretung der deutschen Komponisten dadurch ein, daß er den Schutz des Werkes von der Aufnahme in eine Liste abhängig macht, was der Präsident der Reichsmusikkammer verfügt. Aber — und das ist das Entscheidende — ob nun die Voraussetzungen eines Einschreitens auf Grund dieses Sondergesetzes gegeben sind, ob also ein Ort vorliegt, der zu angemessener Wiedergabe ungeeignet ist, usw., soll der Richter, im Zweifel also der Sachverständige entscheiden, so daß der organische Zusammenhang zwischen den berufsständischen Organen der urheberrechtlich Schaffenden und der urheberrechtlichen Rechtsprechung nicht hergestellt wird. Wird dagegen nach § 28 Abs. 3 NSJ.-Entwurf das berufsständische Organ mit der Wahrung des Urheberpersönlichkeitsschutzes gemeinfreier Werke, die eine allgemeine Bedeutung für die nationale Kultur haben, betraut, so ist damit Gewähr dafür gegeben, daß dieser Schutz in einer Weise und nach solchen Richtungen hin ausgeübt wird, wie sie der Verf. durch seinen Vorschlag vorsieht.

Sohn hat mit dieser Arbeit eine Leistung vollbracht, die an Geschlossenheit und Eindringlichkeit der Untersuchung bei weitem hinausragt über andere Veröffentlichungen auf diesem Gebiete der letzten Jahre, angesichts deren man nur wünschen kann, daß der Verf. diesem Gebiet, dem seine ersten beiden Arbeiten galten, in der Zukunft nicht untreu werde.

RA. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

Dr. W. Mettgenberg, MinR. im RJM.: Verzeichnis der Verträge und Vereinbarungen des Deutschen Reichs über die Auslieferung und die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen. Heft 4 der Sammlung: Die Rechtsverträge des Deutschen Reichs mit Erläuterungen, herausgegeben von MinR. im RJM. Dr. Wolfgang Mettgenberg und GehRegR., MinDir. im RJM. Dr. Erich Volkmar. 2. Aufl. Mannheim 1934. Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH. Preis kart. 7,50 *RM.*

Der 2. Auflage des erstmalig 1926 erschienenen Bandes ist die Zusammenstellung der Erklärungen ausländischer Regierungen sowie der Verträge und Vereinbarungen mit ausländischen Regierungen über den zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, die vom Reichsjustizminister im 4. Sonderheft der Deutschen Justiz veröffentlicht worden ist, zugrunde gelegt worden.

Die seit 1926 außer Kraft getretenen Abmachungen werden durchweg in der 2. Auflage nicht mehr gebracht. Den durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reichs vom 30. Jan. 1934 (RGBl. I, 75) eingetretenen weitgehenden Änderungen ist Rechnung getragen; der Inhalt des Heftes ist auf den Stand vom 1. Aug. 1934 gebracht worden.

Im übrigen sind die äußere Anordnung (alphabetische Reihenfolge der Länder) und die Art der Bearbeitung dieselben — bewährten — wie die der früheren Auflage. Wissenschaftliche Veröffentlichungen und höchstrichterliche Entscheidungen sind vollständig aufgeführt. Das Buch wird nicht nur allen mit den Fragen der Rechtshilfe befaßten Behörden (Polizei, Staatsanwaltschaft, Gerichte, Justizverwaltungen, deutsche Missionen und Konsulate im Ausland), sondern auch dem Anwalt als Verteidiger und Berater ein praktischer Helfer sein. [L.]

Leske-Loewenfeld: Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Bd. VII: Das Recht der Staatsangehörigkeit der europäischen und außereuropäischen Staaten. Erster Teil: Die europäischen Länder. Unter Mitwirkung zahlreicher Rechtsgelehrter. Nach dem Tode von Justizrat Dr. W. Loewenfeld herausgegeben von Dr. Georg Crusen, Dr. Erwin Loewenfeld, Prof. Dr. Georg Maas, Dr. Adolf Siebler. Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. 2. Lieferung. XIV, 239 — 521 S. Preis 20 *RM.*

Die vorliegende Lieferung bringt die Bearbeitung des Staatsangehörigkeitsrechts von vierzehn weiteren europäischen Ländern und deren Kolonien. Fünf Deutschland benachbarte Staaten sind darunter:

Danzig, Österreich, die Niederlande, die Tschechoslowakische Republik und die Schweiz. Ferner die Balkanländer Jugoslawien, Albanien, Griechenland, Rumänien sowie die Türkei. Daß die letztere unter den europäischen Staaten mitbehandelt wird, ist nicht nur wegen ihres kleinen europäischen Territoriums begründet. Sachlich sprechen dafür die vielen und verwickelten Gebietsverluste des ottomanischen Reiches an die Balkanstaaten. Jeder, der einmal Staatsangehörigkeitsfragen in der Praxis behandelt hat, weiß, daß die Kenntnis des an einem bestimmten Zeitpunkte der Vergangenheit geltenden Rechts oft wichtiger und fast stets schwerer zu erlangen ist als die des zur Zeit der Prüfung geltenden. Deswegen ist es sehr zu begrüßen, daß die verschiedenen, wieder von ersten Sachkennern der betreffenden Länder (Ausnahme: Albanien) geschriebenen systematischen Darstellungen immer mit einem Abriß der geschichtlichen Entwicklung beginnen. Daran schließt sich wie üblich der z. T. erläuterte Abdruck der Rechtsquellen, soweit sie nicht, weil weniger bedeutsam, nur in der Einleitung referiert sind. Der Besprecher hat die Zuverlässigkeit der meisten Beiträge an Hand praktischer Fälle geprüft und festgestellt, daß sie außerordentlich hoch ist.

Bemerkt sei: Auf S. 394 zählt Diobouniotis die im Friedensvertrag von Athen v. 14. Nov. 1913 erworbenen bis dahin türkischen Inseln auf; durch die Nichterwähnung der viel größeren Erwerbungen auf dem Festland können hier leicht Mißverständnisse hervorgerufen werden. — Die Wiedergabe des österreichischen Auswanderungspatents von 1832 auf S. 277 ist ungenau; das StaatsG. betr. Ausgleich zwischen Österreich und Ungarn v. 21. Dez. 1867 gewährte, abgesehen von Wehrpflichtsverletzungen, freie Auswanderung, so daß nach gewichtiger Ansicht insoweit das Auswanderungspatent hinfällig geworden ist (vgl. Pražák, Österr. Staatswörterbuch, 1. Aufl., Bd. II S. 1069; a. A. Ulbrich in der 2. Aufl., Bd. VI, Staatsbürgerschaft S. 313). Außerdem erfolgt auch nach dem Auswanderungspatent der Verlust der Staatsbürgerschaft nie ohne formelles Verfahren (Schmied, Österr. Staatswörterbuch, 2. Aufl., s. v. Auswanderung Bd. I S. 376).

Schließlich sei noch vermerkt, daß auch das Staatsangehörigkeitsrecht der vatikanischen Stadt in dem Bande eine sachverständige Darstellung gefunden hat. Die schon vorbereitete dritte Lieferung wird neben dem erwarteten neuen deutschen Staatsangehörigkeitsrecht besonders das Recht der großen westeuropäischen Länder enthalten.

A.- u. LR. Dr. Karl Arndt, Berlin.

Dr. jur. Gunnar Dybwad: Theorie und Praxis des faschistischen Strafvollzugs. (Heft 1 der Rechtsvergleichenden Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, herausgegeben von Dr. Erich Schwinge, Prof. an der Universität Halle.) Bonn 1934. Ludwig Röhrscheid Verlag. Preis 3,40 *RM*.

Die völlige Durchdringung alles italienischen Lebens mit der Idee des Faschismus hat auch die italienische Strafrechtspflege und den Strafvollzug in ihren Wirkungskreis einbezogen. Das faschistische Strafrecht hat die Aufgabe, die nationale Gesellschaft zu schützen, die Verwirklichung dieser nationalen Gesellschaft in Rechtsform ist der faschistische Staat. Verf. entwickelt als Komponenten des faschistischen Gedankenkreises einen aufbauenden Syndikalismus Mussolinis, einen autoritativen Nationalismus des als Justizminister bekannt gewordenen Alfred Rocco und einen pädagogisch orientierten Idealismus des früheren Unterrichtsministers Gentile. Er weist ferner auf den Einfluß der katholischen Kirche hin, die nach dem Lateranpakt 1929 als Staatsreligion anerkannt ist, deren Anschauungen sich auf die Lehre einer eigenen Strafrechtswissenschaft, besonders gepflegt an der katholischen Universität in Mailand, stützen und die gegenüber den Propagandaübertreibungen des delinquente nato und den naturwissenschaftlich-reformistischen Gedankengängen Ferris energisch an dem Begriff der moralischen Verantwortlichkeit festhielt. Gerade diese Auffassung der katholischen Kirche ist in Italien gegenüber den Lehren eines naturwissenschaftlich-biologischen Materialismus eine „Schranke von unermeßlicher Wirkungskraft" gewesen. Sie hat als Grundsatz — nachdem in dem Entwurf Ferris 1921 der Gedanke der lediglich sozialen Verantwortlichkeit und der hieraus sich ergebenden Ersetzung der Strafe durch den Begriff der „Sanktion" zum Ausgangspunkt genommen war — in dem i. J. 1931 Gesetz gewordenen Entwurf Roccos (in deutscher Übersetzung von Bunge in der de Gruyterschen Sammlung außerdeutscher Strafgesetze, 1933) Anerkennung gefunden. Auf die moralische Verantwortlichkeit reagiert der Staat mit der zeitlich bestimmten Strafe als gerechter Vergeltung, auf die Gefährlichkeit mit der zeitlich unbestimmten Sicherungsmaßnahme, die als Maßnahme sozialer Zweckmäßigkeit die Strafe ergänzt. Diese „Zweispurigkeit" der staatlichen Reaktion gegen das Verbrechen wird auch im Vollzuge streng durchgeführt. Denn die Neuerungen der Strafrechtsreform mußten naturgemäß ihre Rückwirkung auf die Durchführung des Vollzuges haben. Diese Neuregelung des Vollzuges erfolgte in der durch Königliches Dekret v. 18. Juni 1931 veröffentlichten VO. für die Sicherungs- und Strafanstalten (regolamento per gli instituti di prevenzione e di pena). Die VO. enthält nicht nur die Bestimmungen über Einrichtung der Anstalten, Durchführung des Vollzuges und Behandlung der Gefangenen, sondern über die Tätigkeit des Überwachungsrichters, über den Fürsorgerat, über bedingte Entlassung und über die Beamtenschaft (deutsche Übersetzung von Roehrbein im Sonderheft zu Bd. 64 der Blätter für Gefängniskunde, Winters Verlag, Heidelberg 1933, und von Steinwallner in Heft 4 der Schriften der Thür. Gefängnisgesellschaft, Fromanns Verlag, Jena 1934).

Neben dem Gedanken der Vergeltung (castigo) sieht Verf. mit Recht das in die Augen fallende Merkmal des italienischen Strafvollzugs in der sehr weitgehenden Spezialisierung der Anstalten und der damit in innerem Zusammenhang stehenden Betonung der Individualisierung in der Behandlung. Das regolamento kennt drei Hauptgruppen von Strafanstalten: Untersuchungshaftanstalten (Zentral- und Bezirksgerichts- sowie Amtsgerichtsgefängnisse), ordentliche Strafanstalten (Zuchthäuser, Gefängnisse, Haftanstalten) und Sonderstrafanstalten (Anstalten für Minderjährige bis zu 18 Jahren, Anstalten für die Arbeit im Freien, Anstalten für die soziale Wiedergewinnung, Strafhäuser, Anstalten für strenge Zucht, Anstalten für körperlich oder seelisch Minderwertige, Justizsanatorien, Zuchthäuser und Gefängnisse je für Gewohnheits-, Berufs- oder Anlageverbrecher, Anstalten in einer Kolonie oder in einer anderen überseeischen Besitzung). Auf Grund seiner Beobachtungen an Ort und Stelle — Verf. hat während eines längeren Studienaufenthalts 16 italienische Anstalten besichtigt — kommt er zu dem Ergebnis, daß von diesem Spezialisierungsprogramm bisher nur wenig verwirklicht worden ist und daß sich z. B. bei den sog. Sonderanstalten nicht die geringsten Unterschiede zu gewöhnlichen Strafanstalten feststellen lassen, insbes. nicht bei der Regelung der Arbeit noch bei der Beaufsichtigung und sonstigen Behandlung der Gefangenen. Als Anstalten für den Vollzug der freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahmen kennt das Regolamento (Art. 256) landwirtschaftliche Kolonien, Arbeitshäuser, gerichtliche Irrenanstalten, Heil- und Bewahranstalten, gerichtliche Besserungsanstalten, Gerichtssanatorien, Anstalten für strenge Zucht. In diesen Anstalten saßen im September 1933 insgesamt 4127 Personen, davon 1578 in den gerichtlichen Irrenanstalten, 970 in den landwirtschaftlichen Kolonien und 746 in den Arbeitshäusern. Beim Vergleich des Vollzuges der Strafhaft und der Sicherungsmaßnahme folgert der Verf., daß von einer grundsätzlich verschiedenen Behandlung der Strafgefangenen und der Internierten nicht gesprochen werden könne und daß der Interniertе die Sicherungsmaßnahme genau so als Strafe empfinde wie die Strafhaft.

Wer sich genauer über den faschistischen Strafvollzug informieren will, wird in der Schrift eine übersichtliche Darstellung der strukturellen Systematik der Vollzugsregelung vermissen und daher eine der obengenannten Übersetzungen des Regolamento zweckmäßig zu Rate ziehen. Bei seiner Kritik, z. B. auch beim progressiven Strafvollzug, läßt sich Verf. offenbar weitgehend beeinflussen durch eine reichlich optimistische Auffassung über die funktionellen Erziehungsmöglichkeiten einer Strafanstalt. Als Ganzes handelt es sich aber um eine dankbar zu begrüßende Arbeit und einen hoffnungsvollen Auftakt der rechtsvergleichenden Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft.

MinR. Dr. Schmidt, Berlin.

Eingegangene Bücher

Einkommensteuergesetz und Bürgersteuergesetz vom 16. Okt. 1934 mit Erläuterungen, Einleitung, Einkommen-, Lohn- und Bürgersteuertabellen und Sachverzeichnis von Dr. F. W. Koch, RFinR., Mitglied des RFH., und Ernst Kaemmel, ORegR. im RFM. München u. Berlin 1934. C. H. Beckſche Verlagsbuchh. XXVI, 125 S. Preis kart. 2,40 *RM*.

Das Reichsjagdgesetz v. 3. Juli 1934. Textausgabe mit einer Einleitung. Neudamm. Verlag J. Neumann. Preis 0,50 *RM*.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Hrsg. von Dr. Münz, ORegR. im RArbM. Textausgabe mit Einführung, Anmerkungen und Sachregister. Mit 5 DurchfOV., der Anordnung des RArbM. über die Weitergeltung von Tarifverträgen, dem Gesetz über die Änderung der Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien und dem Gesetz zur Ordnung der Arbeit in den öffentlichen Verwaltungen und Betrieben nebst DurchfVO. Im Anhang: Richtlinien des Organisationsamtes der Deutschen Arbeitsfront und Zusammensetzung der Organisationsausschüsse in den 13 Treuhänderbezirken. Neue, erweiterte Ausgabe. 50.—60. Tausend. Berlin. Weidmannsche Buchhandlung. 144 S. Preis 0,80 *RM*.

Das Arbeitsgerichtsgesetz. Hrsg. von Dr. A. Grünewald, ORegR. im RArbM. Berlin 1934. Weidmannsche Buchhandlung. 85 S. Preis 0,80 *RM*.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte

Reichsgericht

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgericht. — † Anmerkung.]

a) Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. § 29 Abs. 2 Satz 1 RErbhofG.

1. Das AnerbG. hat eine Ausschlagungserklärung des Anerben in eigener Zuständigkeit entgegenzunehmen.

2. Solange indes Zweifel bestehen, ob ein Hof ein Erbhof ist, und solange nicht klargestellt ist, wer als Anerbe berufen ist, hat das AnerbG. von sich aus keine Veranlassung um die Herbeiführung von Ausschlagungserklärungen besorgt zu sein. Für ein hierauf gerichtetes Rechtshilfeersuchen des NachlG. ist kein Raum.

3. Die Zuständigkeiten des OLG. und des RG. im Rechtshilfeverfahren (§ 159 Abs. 1 Satz 1, 3 GVG.) sind auch dann gegeben, wenn ein AnerbG. ein Rechtshilfeersuchen abgelehnt hat.†)

Am 22. März 1931 verstarb in N. die Ehefrau Josefa Sch., die von ihrem Ehemann Karl Sch. und 9 Kindern beerbt wurde. Am 28. Febr. 1934 starb in T. auch der Ehemann Sch. In der Niederschrift des AG. in T. v. 5. April 1934 erklärten die volljährigen und minderjährigen Kinder der Eheleute Sch., letztere vertreten durch ihren Vormund, daß die gesetzliche Erbfolge eingetreten sei, und daß ihr Vater ein Anwesen in N. hinterlassen habe, das als ein Erbhof zu erachten sei. Der Vater habe gewünscht, daß der Erbhof an den zweitältesten Sohn Josef Sch. übergehe. Sie wüßten nicht, ob Ältesten- oder Jüngstenrecht gelte. Falls das NachlG. dies nicht feststellen könne, bäten sie, das AnerbG. darüber entscheiden zu lassen. Vorerst nähmen sie davon Kenntnis, daß der Anerbe noch nicht festgestellt werden könne. Bezüglich des übrigen Nachlasses sei der Verstorbene von seinen 9 Kindern beerbt worden, diese Erbschaft werde von ihnen angenommen. Zum Schlusse dieser Niederschrift haben sie erklärt, es sei allerdings fraglich, ob das Anwesen in N. ein Erbhof sei. Eine Entscheidung des AnerbG. darüber, ob das Anwesen ein Erbhof ist (§ 10 RErbhofG.) ist bisher nicht eingeholt worden.

Mit Ersuchen v. 6. April 1934 hat das AG. T. als NachlG. um Stellungnahme des AnerbG. A. darüber ersucht, ob dort Ältesten- oder Jüngstenrecht gegolten oder kein bestimmter Brauch bestanden habe, oder ob es zweifelhaft sei, welches Recht dort für Bauernanwesen, nunmehr Erbhöfe, gegolten habe. Hierauf hat der Vorsitzende des AnerbG. A., zu welchem N. gehört, geantwortet, in dortiger Gegend sei bei Inkrafttreten des RErbhofG. Anerbenrecht Brauch und freie Bestimmung durch den Bauern üblich gewesen. Daraufhin hat das AG. T. das AnerbG. A. ersucht, den ältesten Sohn zu vernehmen, falls dort Ältestenrecht gegolten habe, falls aber Jüngstenrecht gegolten habe, die 7 jüngsten Geschwister dieses Sohnes bzw. deren Vormund, vom Jüngsten an, da die Beteiligten zugunsten des zweitältesten Sohnes Josef ausschlagen wollten. Das AnerbG. hat die Vernehmung abgelehnt mit dem Hinweis, daß das AnerbG. nur Ausschlagungserklärungen gem. § 29 RErbhofG. entgegenzunehmen, sonst aber im Nachlaßverfahren nicht mitzuwirken habe. Dagegen hat das AG. in T. die Entsch. des OLG. N. angerufen. Dieses hat sich gem. § 2 FGG., §§ 158, 159 GVG. und § 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. zur Entsch. für zuständig erachtet, hat aber durch Beschluß v. 30. Mai 1934 dahin entschieden, daß das AnerbG. beim AG. A. das Ersuchen des AG. T. mit Recht abgelehnt habe. Gegen diesen

---

Zu 1. Der Entsch. ist zuzustimmen.

1. Die Zuständigkeit des OLG. und des RG. im Rechtshilfeverfahren (§ 159 Abs. 1, 3 GVG.) besteht gem. § 46 Abs. 1 RErbhofG., § 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. i. Verb. m. § 2 GVG. auch dann, wenn zu entscheiden ist, ob ein AnerbG. dem Ersuchen um Rechtshilfe gegenüber die Grundsätze des § 158 GVG. beachtet hat. Die Zuständigkeit der ErbhGer. oder des RErbhGer. kommt in diesem Zusammenhang nicht in Betracht.

2. Die Ermittlung des Erben obliegt dem NachlG., das nach Reichsrecht im allgemeinen nur im Erbscheins- (§§ 2353, 2358 BGB.; § 72 FGG.) oder im Auseinandersetzungsverfahren (§§ 86 ff. FGG.) zur Feststellung des Erbrechts des Fiskus (§ 1964 Abs. 1 BGB.) oder zur Vorbereitung der ihm gem. §§ 1342 Abs. 2, 1597 Abs. 2, 1953 Abs. 3, 1957 Abs. 2 oder 2081 Abs. 2 BGB. obliegenden Benachrichtigungspflicht, nach bayer. Landesrecht schlechthin von Amts wegen (§§ 192, 200 FGG.; Art. 3 Ges., das Nachlaßwesen betr., v. 9. Aug. 1902; GVBl. 463), in eine Nachlaßbehandlung einzutreten hat.

Diese Zuständigkeit des NachlG. zur Nachlaßbehandlung beschränkt sich nicht lediglich auf das erbhoffreie Vermögen, sondern umfaßt den gesamten Nachlaß; das NachlG. hat ferner unter den vorgenannten Voraussetzungen nicht nur den nach der allgemeinen Erbfolgeordnung der §§ 1922 ff. BGB. berufenen Erben, sondern auch den nach der Sondererbfolge der §§ 19 ff. RErbhofG. berufenen Anerben festzustellen.

Daß das NachlG. und (im Gegensatz zu der in § 16 des Preuß. Bäuerl. Erbhofrechts v. 15. Mai 1933 für den sog. „Hoffolgeschein" getroffenen Regelung) nicht das AnerbG. den Erbschein zu erteilen hat, ist zur Behebung von Zweifeln in § 3 Abs. 2 der 3. DurchfVO. z. RErbhofG. ausdrücklich ausgesprochen worden.

Die hierbei auftretenden Vorfragen aus dem Bereiche des RErbhofG. (Erbhofeigenschaft von Nachlaßgrundstücken, Bauernfähigkeit des als Anerben zunächst Berufenen) hat das NachlG. grundsätzlich in eigener Zuständigkeit zu beantworten.

Die überwiegende Meinung in Schrifttum und Rspr. (vgl. die Ausführungen bei Vogels, RErbhofG., 3. Aufl., I. Teil § 10 Anm. 5, II. Teil § 3 der 3. DurchfVO. Anm. II 3) geht dahin, daß nur in besonders begründeten Fällen dem Beteiligten aufgegeben werden kann, eine Entsch. des AnerbG. über die strittige Vorfrage herbeizuführen (vgl. auch Hesse, ErbhRspr. § 38 Nr. 3 Anm.).

3. Eine Mitwirkung des AnerbG. bei der Erben- und Nachlaßermittlung findet nur bei Entgegennahme der Ausschlagungserklärung des Anerben (§ 29 RErbhofG.) oder im Rahmen eines begründeten Rechtshilfeersuchens (§ 2 FGG.) statt.

Die Beantwortung der vom NachlG. gestellten Anfrage, ob im Bezirke des AnerbG. Anerbensitte Brauch gewesen sei, und ob — bejahendenfalls — Ältesten- oder Jüngstenrecht gegolten habe oder freie Best. durch den Erblasser üblich gewesen sei (§ 25 Abs. 1 RErbhofG.), wird man als in diesen Rahmen fallend ansehen müssen.

Eine Verpflichtung des AnerbG., die Erben vorzuladen und zur Erklärung über eine etwaige Ausschlagung des Anfalls des Erbhofs aufzufordern, läßt sich indes aus § 2 FGG. nicht herleiten.

Die zur Entgegennahme der Ausschlagungserklärung zuständige Stelle kann, wie das OLG. München in einem Beschl. v. 21. Jan. 1901 (BayObLG. Z. 2, 885 ff.) ausgesprochen hat, den Erben nicht dazu anhalten, eine Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft abzugeben.

Wenn die Erben — wie hier — durch das NachlG. auf die Rechtshandlungen, die zur Herbeiführung der gewünschten Nachlaßregelung nötig oder zweckdienlich erscheinen, hingewiesen worden sind, so muß es ihrer eigenen Sorge überlassen bleiben, jene Schritte zu tun.

4. Die Entsch. des RG., die das Rechtshilfeersuchen des NachlG. für unbegründet erklärt, wird auch von Vogels (ErbhRspr. § 29 Nr. 1 Anm.) gebilligt; a. M. ist Pöll (JW. 1934, 1771).

Mit Recht weist indes Vogels (a. a. O.) darauf hin, daß nichts im Wege gestanden hätte, wenn das AnerbG. auf das Ersuchen des NachlG. hin die Beteiligten veranlaßt hätte, einen förmlichen Antrag gem. § 10 RErbhofG. (beim AnerbG.) anzubringen.

AGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Beschluß hat das AG. T. Beschwerde an das ObLG. in M. eingelegt. Dieses hat das RG. für zuständig erachtet und demgemäß diesem die Akten vorgelegt. Das RG. ist gem. § 159 Abs. 1 Satz 2 und 3 GVG., § 2 FGG. zur Entsch. über die Beschwerde berufen, die für unbegründet zu erachten ist. Nach § 25 Abs. 1 RErbhofG. kann der Anerbe den Anfall des Erbhofes ausschlagen, ohne die Erbschaft in das übrige Vermögen auszuschlagen. Auf diese Ausschlagung finden die Vorschr. des BGB. über die Ausschlagung der Erbschaft entsprechende Anwendung. Nach Abs. 2 Satz 1 ist die Ausschlagung gegenüber dem AnerbG. zu erklären. Die Frist für die Ausschlagung beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anerbe von seiner Berufung Kenntnis erlangt.

Hiernach war es Sache des AnerbG. A., in eigener Zuständigkeit die Ausschlagungserklärung des Anerben entgegenzunehmen. Wer Anerbe des angeblichen Erbhofes in N. ist, ist bisher nicht klargestellt, da das AnerbG. insoweit mit der Sache noch nicht befaßt worden ist (§ 21 Ziff. 3 Abs. 3 RErbhofG.). Auch ist noch nicht ermittelt, ob das Anwesen in N. überhaupt ein Erbhof ist. Bestehen nämlich Zweifel darüber, ob ein Hof ein Erbhof ist — solche Zweifel haben die Erben selbst geäußert —, so entscheidet auf Antrag des Eigentümers oder des Kreisbauernführers das AnerbG. (§ 10 RErbhofG.). Das AnerbG. hatte also insoweit von sich aus keine Veranlassung, um die Herbeiführung von Ausschlagungserklärungen besorgt zu sein, da diese voraussetzen, daß es sich um einen Erbhof handelt, und daß der Anerbe ausschlagen will. Es mag nun, wie auch das OLG. N. angenommen hat, zugestanden werden, daß auch das AG. in T. in seiner Eigenschaft als NachlG. dazu berufen war, um die Ermittelung dessen besorgt zu sein, was zur Erbschaft gehörte, und was als Erbhof einen besonderen Teil der Erbschaft bildete, der dem Anerben zufiel (§ 19 RErbhofG.). Es hätte also die Erben veranlassen können, eine Entsch. des AnerbG. über die Eigenschaft des Hofes als eines Erbhofes sowie darüber, ob Ältesten- oder Jüngstenrecht galt, herbeizuführen (§§ 10, 21 Ziff. 3 BGB.). Auch hätte es im Verlaufe der Sache die Beteiligten darauf hinweisen können, daß etwaige Ausschlagungserklärungen dem AnerbG. A. gegenüber abzugeben seien. Für ein Rechtshilfeersuchen, wie es in dem Ersuchungsschreiben des AG. T. enthalten ist, war indessen, wie das OLG. in N. mit Recht angenommen hat, kein Raum. Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

(Beschl. v. 9. Juli 1934; IV B 36/34.)

2. §§ 133, 157 BGB. Nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung schutzwürdiger Verkehrssitte darf auch bei „formularmäßigen" Sicherungserklärungen, die eine Bank sich ausstellen läßt, nicht ohne besondere Gründe eine ausdehnende „Auslegung" zugunsten der Bank und zu Lasten des Erklärenden dahin Platz greifen, daß schließlich die Haftung des Erklärenden weit über den Rahmen seiner schriftlichen Erklärung hinaus erweitert wird.

(U. v. 22. Sept. 1934; V 191/34. — Breslau.) [v. B.]

3. §§ 242, 894, 1138 BGB. Einwand unzulässiger Rechtsausübung. Der nur formale, auf Grund eines Treuhandverhältnisses als Eigentümer eines Grundstücks Eingetragene kann nicht die Löschung einer Hypothek verlangen, die der Treugeber auf Grund einer Generalvollmacht des Treuhänders für ein nicht gegebenes Darlehen einem Dritten bestellt hat, da er als dinglicher Schuldner mangels eines eigenen sachlichen Rechts am Grundstück an dessen Haftung kein Interesse hat, als persönlicher Schuldner aber eine Gefährdung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch nicht nach § 1138 BGB. zu besorgen braucht.†)

Die Kl. ist die frühere Ehefrau des Zweitbekl. Ihre Ehe mit ihm ist im Februar wegen seiner Beziehungen zu seiner nunmehrigen Frau geschieden worden.

Seit 1921 war die Kl. als Eigentümerin des Grundstücks K. 8 in Y. eingetragen. Darüber, ob sie insoweit im Innenverhältnis zum Zweitbekl. nur dessen Beauftragte war, streiten die Parteien. Auf Grund einer „Generalvollmacht", welche die Kl. i. J. 1927 ihrem damaligen Mann ausgestellt hatte, hat der Zweitbekl. das Grundstück im Juni 1928 mit einer Hypothek für ein angebliches, in Wahrheit unstreitig niemals gegebenes Darlehn der Erstbekl. belastet. Mit der vorl. Klage verlangt die Kl. die Beseitigung dieser Hypothek. In Ermangelung einer dahingehenden Vollmacht konnte der Zweitbekl. die Kl. nicht zugunsten der Erstbekl. persönlich verpflichten. Demnach konnte durch seine Belastungsverfügung nicht eine Hypothek für die Erstbekl., sondern (nach § 1163 Abs. 1 Satz 1) nur eine Eigentümergrundschuld der Kl. entstehen. War aber hiernach das Grundbuch, insofern es eine Darlehnshypothek der Erstbekl. als bestehend auswies, jedenfalls unrichtig, so drängte sich der Streit der Parteien auf die Frage zusammen, ob dem an sich gegebenen Berichtigungsanspruch der Kl. aus § 894 BGB. die Bekl. mit einem Einwand aus der sachlichen Rechtslage (Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, der allgemeinen Arglist) deshalb begegnen konnten, weil die Rechtsstellung der Kl. als Eigentümerin des Grundstücks nur eine formale sei, deshalb dem Zweitbekl. gegenüber, weil lediglich auf dessen Auftrag beruhend, nicht durchschlage und eine Grundbuchberichtigung gegen dessen Willen nicht rechtfertige.

Das BG. hat nun eine Feststellung über die streitige Natur der Eigentümerstellung der Kl. deshalb für entbehrlich erklärt, weil ihr, solange der Zweitbekl. sie in der Eigentümerstellung belasse, in jedem Falle, also auch wenn ihr Recht als bloßes Auftragseigentum ein rein formales sei, der Grundbuchberichtigungsanspruch, den sie mit der Klage verfolge, zuerkannt werden müsse. Hierin kann ihm aber nicht beigetreten werden. Das BG., das selbst davon ausgeht, daß aus dem bloßen Treuhandverhältnisse die Ver-

---

Zu 3. Die vorliegende Entsch. verdient m. E. besondere Beachtung. Sie liefert einen weiteren Beitrag zu der von der Rechtsprechung bisher nur in den ersten Anfängen anerkannten Möglichkeit, die Frage des Treuhandeigentums mit der Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung zu verbinden, um auf diese Weise den Pflichtgedanken, die treuhänderische Beschränkung der „formalen" Rechtsstellung, unmittelbar im Inhalt des Treuhandeigentums zu verwirklichen (vgl. hierzu Siebert: DJZ. 1934, 1240 ff.).

I. Wenn die als Eigentümerin eingetragene Kl. im Innenverhältnis nur Beauftragte des Zweitbekl. war, wenn also das Eigentum im Interesse des Zweitbekl. auf seine Rechnung und nach seinen Weisungen ausgeübt werden sollte, so liegt ein **fiduziarisches** Treuhandverhältnis vor. Hierbei ist es sehr bezeichnend, daß das Urt. zwar von einem Treuhandverhältnis spricht, daß es aber die Bezeichnung „fiduziarisch" vermeidet. Es hängt dies mit der immer noch nicht aufgegebenen Rechtsauffassung zusammen, daß man von einem fiduziarischen Treuhandverhältnis nur sprechen dürfe, wenn das Treugut dem Treuhänder unmittelbar vom Treugeber her übereignet sei (sog. Unmittelbarkeitsprinzip). Hier aber hat die Ehefrau das Eigentum von einem Dritten erworben (sog. treuhänderischer Festerwerb). Gleichwohl ist aber auch dann ein fiduziarisches Treuhandverhältnis gegeben: das Unmittelbarkeitsprinzip spielt nur für die Zwangsvollstreckung in das Treugut eine Rolle, im übrigen aber kann es für Wesen und Umfang der Treupflicht, der treuhänderischen Bindung im Innenverhältnis, keinen Unterschied machen, ob der Treuhänder das Eigentum vom Treugeber oder von einem Dritten her erworben hat (vgl. hierzu eingehend Siebert, Treuhandverhältnis, 1933, S. 189 ff., 204 ff.).

II. Das Urt. beschäftigt sich nun mit der Frage, ob die Kl. ein berechtigtes Interesse daran hat, von der zu Unrecht als Hypothekengläubigerin eingetragenen Erstbekl. und ihrem Ehemann, dem Zweitbekl. und Treugeber, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs zu verlangen. Wenn ein solches Interesse der Kl. fehlt, soll dem Klageanspruch ein „Einwand aus der sachlichen Rechtslage (Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, der allgemeinen Arglist)" entgegenstehen. Dieses Ergebnis bedarf m. E. einer näheren Begründung, wobei zur klareren Heraushebung der grundsätzlichen Rechtsfrage zunächst angenommen werden soll, daß die Kl. kein berechtigtes Interesse an der Löschung der Hypothek hat.

Der Satz, daß der Mangel eines berechtigten Interesses die Geltendmachung eines Rechts unzulässig mache, ergibt sich nicht etwa schon aus § 226 BGB. Der Tatbestand der Schikane erfaßt mit seiner

pflichtung der Kl., wie zur Auflassung des Grundstücks, so auch zur Abtretung der Grundschuld an den Zweitbekl. folgen würde, erachtet ihren Löschungsanspruch dennoch für begründet und nicht für als arglistig abweisbar, weil ihr ein rechtlich beachtliches Interesse an der Beseitigung der Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht abgesprochen werden könne. Was es zur Begründung eines solchen Interesses sagt, gibt jedoch dem Verdacht eines Rechtsirrtums Raum. Obwohl es nicht verkennen konnte, daß, wenn die dingliche Rechtsstellung der Kl. nur eine formale war, ihr Berichtigungsinteresse nur aus ihrer persönlichen Haftung hergeleitet werden konnte, führt es doch aus, daß die Kl. der Gefahr ausgesetzt sei, wenn auch nicht von der Erstbekl., so doch im Fall einer Abtretung von dem gutgläubigen Dritten erfolgreich auf Zahlung der Zinsen oder des Kapitals in Anspruch genommen zu werden, wobei ihr neben vielen Ungelegenheiten auch sehr erhebliche Kosten erwachsen könnten. Wenn nun hier auf die Gutgläubigkeit des Dritterwerbers der Hypothek Gewicht gelegt ist, so läßt sich die Vermutung nicht abweisen, daß dabei die Vorschrift des § 1138 BGB. mißverstanden sein könnte. Diese Vorschrift erstreckt aber den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf die Forderung nur „für die Hypothek", d. h. soweit die Gültigkeit der Hypothek das Bestehen einer persönlichen Forderung voraussetzt. Nicht dagegen wird die persönliche Forderung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch insoweit gedeckt, als sie für sich allein in Betracht kommt. War also die Kl. mangels eigenen sachlichen Rechts am Grundstück als dingliche Schuldnerin an dessen Haftung nicht interessiert, so hatte sie als rein persönliche Schuldnerin aus dem bloßen Eingetragensein der Hypothek keine Gefährdung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu besorgen. Ihre persönliche Haftung konnte nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs begründet, mußte ihr vielmehr selbständig nachgewiesen werden. Allenfalls rein tatsächlich hätte das Bestehen der Grundbucheintragung einen geringen Beweisgrund auch für ihre persönliche Haftung abgeben können. Aber diese Gefahr war nicht von solchem Gewicht, daß sie allein ein Interesse der Kl. an der Beseitigung der Eintragung genügend hätte begründen können, zumal wenn es zutraf, daß sie, weil vermögenslos, von persönlicher Inanspruchnahme nichts zu befürchten hatte. Anspruch auf Befreiung von dieser Gefahr durch Anerkennung ihrer persönlichen Nichthaftung hatte sie auch bisher nicht erhoben. Ihrem Löschungsanspruch könnte

---

abſichtlich so eng gehaltenen Fassung nur die völlig nutzlose Schädigung Dritter, und dieser (seltene) Fall liegt hier nicht vor. Zu einer Begrenzung der Rechtsausübung durch ein berechtigtes Interesse kommt man daher nur auf einem anderen Wege, nämlich durch die Anerkennung des Satzes, daß eine Rechtsausübung auch dann unzulässig ist, wenn sie gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben verstößt (§§ 826 und 242 BGB. als Tatbestände unzulässiger Rechtsausübung). Diese beiden Vorschriften liefern also die Rechtsgrundlage und den tatbestandlichen Rahmen für die Wertung des berechtigten Interesses bei der Rechtsausübung.

Im vorl. Falle war wegen der zwischen den Beteiligten vorhandenen Sonderbeziehung zunächst § 242 BGB. anzuwenden. Die unmittelbare Einwirkung dieser Bestimmung auf das Treuhandeigentum ergibt sich nun daraus, daß § 242 als Tatbestand unzulässiger Rechtsausübung den Inhalt der subjektiven Rechte und damit auch des Treuhandeigentums erfaßt und wandelt. Wenn man anerkennt, daß die sog. Schranken der Rechte und der Rechtsausübung in Wahrheit Begrenzungen des Inhalts der Rechte sind (Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, S. 88 ff.), so kommt man ohne weiteres zu dem Ergebnis, daß jedes Recht, also auch das Eigentum, nur so weit reicht, als der Grundsatz von Treu und Glauben es gestattet, und daß ferner auf dem Wege über Treu und Glauben die besondere treuhänderische Pflichtenlage in das Eigentum hineingeführt werden kann, wodurch ein inhaltlich besonders intensiv begrenztes „Treuhandeigentum" geschaffen wird.

Daraus folgt dann der Satz, daß alle Ansprüche aus dieser Treuhänderstellung nur in den Grenzen von Treu und Glauben bestehen können; die besondere treuhänderische Bindung wirkt sich also auf diesem Wege auch unmittelbar bei den einzelnen Ansprüchen des Treuhänders aus.

III. Auf dieser Rechtsgrundlage war der vorl. Fall zu entscheiden.

Ob die Kl. mit der Geltendmachung des Berichtigungsanspruches gegen Treu und Glauben verstieß, ist mit Recht einer sorgfältigen Prüfung unterzogen worden. Zunächst hat sich das Urt. damit beschäftigt, ob der Kl. aus dem Fortbestehen der unrichtigen Eintragung und der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes Nachteile erwachsen können. Es hat dies verneint, weil die Kl. in einem solchen Falle niemals persönlich haften würde; § 1138 BGB. gelte ja nur „für die Hypothek". Gegen diese Begründung könnte man höchstens die tatsächliche Behelligung und Erschwerung, die eine dingliche Klage mit sich brächte, ins Feld führen; doch würde dieser Gesichtspunkt zur Begründung eines berechtigten Interesses und damit zur Ablehnung eines Verstoßes gegen Treu und Glauben nicht ausreichen.

Alle diese Erwägungen treffen aber, wie die Urteilsgründe am Schluß mit Recht andeuten, nur zu, wenn ein „reines" Treuhandverhältnis vorliegt, d. h. wenn die Kl. das Eigentum ausschließlich in fremdem Interesse auszuüben hat und dementsprechend alle wirtschaftlichen Nachteile auf den Treugeber abwälzen kann. Bei den „gemischten" oder uneigennützigen Treuhandverhältnissen, also besonders bei einer Sicherungstreuhand, wäre die Interessenlage anders zu beurteilen (dazu im einzelnen Siebert, Treuhandverhältnis S. 100, 159 ff.). Wenn es in der Entsch. heißt, daß ein reines Auftragsverhältnis „eigene Rechte der Kl. ausschließen würde", daß dagegen bei einer Treuhand zu Sicherungszwecken solche eigenen Rechte bestehen könnten, so ist das eine zunächst ungenau klingende Ausdrucksweise, denn Eigentümerin ist die Kl. auch bei einem uneigennützigen Treuhandverhältnis. Nur wird eben mit diesen Worten anerkannt, daß das Eigentum durch den Gesichtspunkt des berechtigten Interesses inhaltlich begrenzt ist, und daß diese inhaltliche Begrenzung bei einem reinen Treuhandverhältnis besonders häufig und weitgehend in Erscheinung treten wird.

IV. Hiernach verdient das Urt. Zustimmung, wenn es bei Vorliegen eines reinen Treuhandverhältnisses wegen des auf dieser Grundlage festgestellten Mangels eines eigenen berechtigten Interesses die Klage abweisen will. Ein Punkt bleibt allerdings noch ungeklärt. Soll die Abweisung, wie die Urteilsgründe an einer Stelle anzudeuten scheinen, nur dem Zweitbekl. gegenüber erfolgen, weil er der Treugeber ist, und weil deshalb nur ihm gegenüber der aus der treuhänderischen Rechtsstellung zu begründende Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt?

Die Wirkung von Treu und Glauben als inhaltliche Begrenzung der Rechte ist in mehrfacher Hinsicht als relativ zu bezeichnen. Einmal liegt eine tatbestandliche Relativität des Rechtsinhalts vor, weil der Verstoß gegen Treu und Glauben sich stets nur aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles feststellen läßt. Sodann tritt diese inhaltliche Begrenzung naturgemäß nur in der Richtung derjenigen Person in Erscheinung, gegenüber der ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt (hierzu Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung S. 88 ff., 139 f., 174 ff.). Immerhin aber können bestimmte Gesichtspunkte, die den Verstoß gegen Treu und Glauben begründen, eine Wirkung auch gegen „Dritte" dadurch entfalten, daß sie, wenn sie nach der einen Richtung hin vorliegen, notwendig auch anderen gegenüber einen Verstoß gegen Treu und Glauben begründen. Zu diesen also mehr „absoluten" Kriterien des Verstoßes gegen Treu und Glauben gehört der Mangel des berechtigten Interesses. Wenn die Kl. wegen ihrer Rechtsstellung zu dem Zweitbekl. kein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung des Berichtigungsanspruches hat, so fehlt dieses Interesse nicht nur gerade gegenüber dem Treugeber, sondern auch gegenüber dem ersten Anspruchsgegner, der Erstbeklagten. Es ist dann also nicht etwa nur die Duldungsklage gegen den Zweitbekl. abzuweisen, sondern es kann auch der Leistungsklage gegen die Erstbekl. nicht stattgegeben werden.

Man kann auch nicht sagen, die Verteidigung der Erstbekl. stelle eine unzulässige Einwendung ex iure tertii dar: nicht die schuldrechtliche Beziehung zwischen der Kl. und dem Zweitbekl. ist der die Klageabweisung tragende Gesichtspunkt, vielmehr geht die Unzulässigkeit der Rechtsausübung ja gerade über diese bloß obligatorische Bindung hinaus, indem sie zu einer inhaltlichen Begrenzung des treuhänderischen Rechtes selbst führt, um auf diese Weise die Unzulänglichkeiten der fiduzia mit zu überwinden.

V. Zum Schlusse bedarf noch ein den Entscheidungsgründen zu entnehmender Punkt besonderer Hervorhebung. Wenn das Urt. den Berichtigungsanspruch (§ 894 BGB.) unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben prüft und ihn unter Umständen wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben abweisen will, so erkennt es damit an, daß der § 242 BGB. auch auf dingliche Ansprüche anwendbar ist. Dies ist wichtig, weil die Rspr. des RG. nicht selten zu einer abweichenden Auffassung geneigt hat (vgl. RG. 51, 411; 92, 11; 93, 105 f., 243 f.; 131, 178 = JW. 1931, 3454). Wenn man diese ablehnende Stellungnahme damit begründet, daß der dingliche Anspruch „durch Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes schlechthin" erfüllt werden muß, und daß deshalb für Treu und Glauben kein Raum sei (RGRKomm., 8. Aufl., 3 zu § 242 BGB.), so nimmt man damit das zu Beweisende bereits als bewiesen an: es soll ja erst geprüft werden, ob nicht der „gesetzmäßige Zustand" bereits unter der Herr-

mithin beim Vorliegen des vom BG. unterstellten bloßen Auftragseigentums vom Zweitbekl. auf Grund der zwischen ihnen bestehenden schuldrechtlichen Beziehungen mit dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengetreten werden.

Der Streit der Parteien läßt sich hiernach sachlich nicht endgültig entscheiden, ohne daß die Frage nach der Natur der Eigentümerstellung der Kl. tatsächlich geklärt wird. Die Rechtslage im Innenverhältnis zwischen der Kl. und ihrem früheren Ehemann ist auch maßgebend für die Frage eines Mißbrauchs der Vollmacht durch diesen. Es bedurfte daher der Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz zur Feststellung, ob das von den Bekl. behauptete Auftragsverhältnis zwischen den früheren Ehegatten vorliegt, und zwar ein reines Auftragsverhältnis, das eigene Rechte der Kl. an dem Grundstück, wie sie etwa zu Sicherungszwecken gedacht sein konnten, ausschließt.

(U. v. 19. Sept. 1934; V 146/34. — Dresden.) [v. B.]

**4. §§ 765 ff. BGB. Ausfallbürgschaft. Bei der Ausfallbürgschaft bedarf es der Einrede der Vorausklage nicht, aber der Gläubiger hat den Ausfall darzulegen, wenn er den Ausfallbürgen in Anspruch nehmen will. Wenn der Ausfallbürge auch seine Haftung für einen durch Nachlässigkeit des Gläubigers verschuldeten Ausfall ablehnen kann, so hat er in der Regel doch keinen im Klageweg verfolgbaren Anspruch darauf, daß der Gläubiger gegen den Hauptschuldner vorgehe und, wenn er das unterläßt, ihm, dem Ausfallbürgen, Schadensersatz leiste.

Die Bekl. gewährte der AktG. P. Kredit. Der Kl. übernahm in den Urk. v. 26. Nov. 1927 und v. 6. Febr. 1929 selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrage von 500 000 *RM* und ferner in einer zweiten Urk. v. 6. Febr. 1929 in Hinsicht auf einen durch Grundpfandrechte gesicherten Kredit von 200 000 *RM* die Gewähr für den Ausfall. Am 28. Febr. 1929 kündigte die Bekl. die Kredite für den 5. März 1929. Nach anderen Zahlungen leistete der Kl. am 29. Dez. 1929 an die Bekl. 170 000 *RM*, wofür sie ihm die noch übrigen Grundpfandrechte abtrat. Die Hauptschuldnerin geriet in Konkurs.

Der Kl. behauptet, er habe die 170 000 *RM* auf Grund seiner Ausfallbürgschaft geleistet und machte die Bekl. dafür verantwortlich, daß diese ungeachtet seiner Aufforderungen nicht aus den dinglichen Sicherheiten rechtzeitig Befriedigung gesucht habe, anstatt der Hauptschuldnerin den Kredit zu belassen. Er meinte, die Bekl. würde alsdann völlig befriedigt worden sein, während er jetzt einen Schaden von mindestens 100 000 *RM* erleide. Er verlangte von ihr Schadensersatz. Die Bekl. behauptete, er habe die 170 000 *RM* als selbstschuldnerischer Bürge bezahlt und leugnete jede Schadensersatzpflicht.

Die Klage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen.

Das BG. unterstellt zugunsten des Kl., daß er die 170 000 *RM* auf Grund seiner Ausfallbürgschaft gezahlt habe. Es meint aber, er habe sich eben durch diese Zahlung, bei der er sich keine Schadensersatzansprüche vorbehalten habe, selbst der Möglichkeit beraubt, der Bekl. Lässigkeit in der Inanspruchnahme der Hauptschuldnerin vorzuwerfen. Überhaupt hält es den Gläubiger dem Bürgen gegenüber nicht für verpflichtet, die Hauptschuld beschleunigt beizutreiben, es sei denn, daß besondere, hier aber nicht dargelegte Umstände nach Treu und Glauben dies geböten.

Demgegenüber verweist die Rev. darauf, daß der Kl. schon in der Klageschrift behauptet und unter Beweis gestellt habe, er habe der Bekl. erklärt, daß er ihre Nachsicht gegenüber der Hauptschuldnerin nicht billige, seiner Inanspruchnahme als Ausfallbürge widerspreche und jedenfalls die Abtretung der dinglichen Sicherheiten erwarte, ohne damit auf seine Schadensersatzansprüche verzichten zu wollen. Darin sieht die Rev. den vom BG. vermißten Vorbehalt und meint, es habe eines solchen nicht einmal bedurft, da die Bekl. durch ihre Weigerung, gegen die Hauptschuldnerin vorzugehen, gegen Treu und Glauben verstoßen und den Kl. genötigt habe, die Abwicklung der Sache selbst in die Hand zu nehmen.

Die Rev. kann keinen Erfolg haben. Vielmehr ist dem BG., jedenfalls im Ergebnis, beizutreten.

Die Ausfallbürgschaft unterscheidet sich allerdings von der gewöhnlichen Bürgschaft dadurch, daß es bei ersterer der Einrede der Vorausklage (§§ 771 ff. BGB.) nicht bedarf, sondern der Gläubiger den Ausfall darzulegen hat, wenn er den Ausfallbürgen in Anspruch nehmen will. Darin liegt zugleich, daß er nicht den Ersatz eines Ausfalls fordern kann, den er selbst durch nachlässiges Verhalten verschuldet hat; ein solches Verhalten bedeutet gegenüber dem Ausfallbürgen eine Vertragswidrigkeit (RG. 87, 328; HöchstRRspr. 1930 Nr. 212; LZ. 1932 Sp. 749 Nr. 11). Daraus folgt aber nur, daß der Ausfallbürge seine Haftung für einen durch Nachlässigkeit verschuldeten Ausfall ablehnen kann. Grundsätzlich hat er keinen im Klagewege verfolgbaren Anspruch darauf, daß der Gläubiger gegen den Hauptschuldner vorgehe und, wenn der Gläubiger das unterläßt, ihm, dem Ausfallbürgen, Schadensersatz leiste. Ein solcher Anspruch und das Recht auf Schadensersatz wegen dessen Nichterfüllung lassen sich aus dem Verhältnis des Bürgen, auch des Ausfallbürgen, zum Gläubiger in der Regel nicht begründen; dazu bedürfte es besonderer Umstände, regelmäßig einer besonderen, zur Bürgschaft hinzutretenden Vereinbarung.

Im vorl. Fall hat der Kl. für einen Sonderkredit von 200 000 *RM* dergestalt Bürgschaft übernommen, daß er nicht eher sollte in Anspruch genommen werden können, als bis die Bekl. einen Ausfall an den dinglichen Sicherheiten erlitten haben würde, die ihr von der Hauptschuldnerin für denselben Kredit bestellt worden waren. Hierauf sind die dargestellten Regeln anzuwenden. Der Kl. hätte also, wenn die Bekl. durch ihre eigene Lässigkeit einen Ausfall an jenen Sicherheiten erlitten hätte, seine Haftung dafür ablehnen können. Dagegen hatte er keinen verfolgbaren Anspruch darauf, daß die Bekl. aus den dinglichen Sicherheiten gegen die Hauptschuldnerin vorging, und ebensowenig einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn sie das unterließ. Sein Versuch, im zweiten Rechtszuge diese Ansprüche auf die Behauptung einer besonderen vertraglichen Vereinbarung zu stützen, ist mißlungen. Hatte der Kl. aber keinen Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. wegen ihrer Untätigkeit gegen die Hauptschuldnerin, so kann es nicht darauf ankommen, ob er sich einen solchen Anspruch vorbehalten hat, als er gegen Abtretung der Sicherheiten 170 000 *RM* zahlte.

Diese Zahlung geschah zu einer Zeit, wo ein Ausfall an den Sicherheiten noch gar nicht eingetreten war. Ob sie unter diesen Umständen überhaupt als Zahlung auf Grund der Ausfallbürgschaft gelten kann, mag dahinstehen. Sie läßt sich, wenn der Kl. nicht als selbstschuldnerischer Bürge gezahlt hat, auch als Zahlung auf die Hauptschuld auffassen oder auch als Abtretungsentgelt, das von der Bekl. zur Tilgung eines Teiles der Hauptschuld verwandt worden ist. In keinem Fall kann der Kl. daraus Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. herleiten. Auch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung wäre der Anspruch nicht zu rechtfertigen. Denn wenn der Kl. als Ausfallbürge gezahlt hat, so hat er nach seinem eigenen Vortrag gewußt, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war (§ 814 BGB.).

(U. v. 27. Sept. 1934; VI 156/34. — Dresden.) [H.]

5. § 233 Abs. 1 ZPO. Ob eine Partei die durch §§ 4, 5 des Ges. über die Feiertage vom 27. Febr. 1934 und §§ 2 bis 4 der VO. zu dessen Durchführung v. 18. Mai 1934 getroffene Regelung in dem Sinne wie jede andere Gesetzesbestimmung gegen sich gelten lassen muß, daß

---

schaft des Grundsatzes von Treu und Glauben steht! Das aber muß mit der herrschenden Meinung bejaht werden (vgl. die Nachweise bei Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung S. 123 f.; dazu noch v. d. Trenck: Deutsche Justiz 1934, 1241).

Sehr erfreulich ist es schließlich, daß das Urt. die dogmatische Unbestimmtheit und die wörtliche Unrichtigkeit der „exceptio doli" dadurch anerkennt, daß es die Rolle, die die exceptio doli im vorl. Falle spielt, zutreffend als Einwand der unzulässigen Rechtsausübung erklärt (hierzu Siebert a. a. O. S. 57, 150 f.; übereinstimmend neuestens Gadow: JheringsJ. 84, 174 ff.).

PrivDoz. Dr. W. Siebert, z. Z. Heidelberg.

sie nicht berechtigt wäre, einen ihr insoweit unterlaufenen unverschuldeten Irrtum als unabwendbaren Zufall i. S. des § 233 geltend zu machen, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls liegt kein unabwendbarer Zufall vor, wenn die Partei Zweifel darüber, ob der betreffende, eine Frist beendende Tag (hier. ob der 31. Mai 1934, Fronleichnamstag, in Köln), gesetzlicher Feiertag sei oder nicht, gehabt und gleichwohl eine rechtzeitige Erkundigung unterlassen hat.

Der Kl. hat gegen das klageabweisende LGUrt. Berufung eingelegt. Ihm ist aufgegeben worden, bis zum 30. April 1934 den Nachweis der Einzahlung der Prozeßgebühr zu erbringen. Am 30. April 1934 hat er um die Bewilligung des Armenrechts nachgesucht. Durch Beschl. v. 11. Mai, zugestellt am 16. Mai 1934, ist ihm das Armenrecht versagt worden. Demnach war der zweiwöchige Zeitraum, während dessen nach § 519 Abs. 6 Satz 4 ZPO. die Nachweisefrist gehemmt war, am 30. Mai 1934 abgelaufen, und dem Kl. kam noch der 31. Mai 1934 als letzter Tag der Nachweisefrist zugute. Aber erst am 1. Juni 1934 hat er die Einzahlung der Prozeßgebühr nachgewiesen. Der Kl. hat um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Nachweisefrist nachgesucht.

Das BG. hat den Wiedereinsetzungsantrag des Kl. zurückgewiesen und zugleich seine Berufung als unzulässig verworfen.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Kl. Sie ist sachlich nicht begründet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Meinung des BG. zugestimmt werden könnte, der Kl. müsse die erwähnte gesetzliche Regelung über die Feiertage wie jede andere Gesetzesbestimmung gegen sich gelten lassen, sofern damit — wie die Beschwerde annimmt — ausgesprochen sein sollte, daß der Kl. nicht berechtigt wäre, einen ihm insoweit unterlaufenen unverschuldeten Irrtum zu seinen Gunsten geltend zu machen. Denn nach dem vom BerR. richtig gewürdigten Sachverhalt war der Kl. selbst im Zweifel darüber, ob seine Meinung zutraf. Der Kl. hätte sich rechtzeitig, spätestens am 30. Mai 1934, an seinen Anwalt wenden und so den fruchtlosen Ablauf der Nachweisefrist abwenden können; denn hierdurch wäre sein Anwalt, bei dem pflichtmäßiges Handeln vorauszusetzen ist, zur Prüfung und Aufklärung der Rechtslage veranlaßt und damit die Fristversäumung abgewendet worden, sofern sich der Kl. überhaupt im Besitze des erforderlichen Geldbetrags befunden hat. Daß er das Geld erst am 1. Juni 1934 telegraphisch seinem Anwalt überwiesen hat, begründet allerdings den Verdacht, der Mangel an Geldmitteln sei die eigentliche Ursache der Fristversäumung gewesen. Schon die Hinausschiebung der zu treffenden Maßnahmen bis zum letzten Augenblick läßt eine Leichtfertigkeit in der Geschäftserledigung erkennen, die gegen den Kl. den Vorwurf begründet, nicht die äußerste Sorgfalt angewendet zu haben, die ihm unter den gegebenen Umständen zuzumuten war (vgl. u. a. die RGEntsch. v. 7. Nov. 1908, I 608/07: WarnRspr. 1909 Nr. 168; 16. März 1926, II B 9/26: JW. 1926, 1567[14]; 4. Jan. 1932, VIII B 40/31: JW. 1932, 649[11]; 2. Juni 1932, VIII B 19/32; 8. Juni 1932, VIII B 24/32; 19. Sept. 1932, VI 153/32: JW. 1932, 3614[8]; 14. Okt. 1932, II 254/32).

(Beschl. v. 18. Sept. 1934; VII B 15/34. — Köln.) [H.]

6. §§ 233, 519 ZPO. Ist gegen ein Urteil Berufung eingelegt und gleichzeitig von dem erstinstanzlichen Anwalt das Armenrecht nachgesucht worden, so darf der zweitinstanzliche Anwalt mit der Berufungsbegründung nicht bis zum Abschluß des Armenrechtsverfahrens warten. Er muß vielmehr innerhalb der Frist des § 519 Abs. 2 ZPO. eine ausführliche Berufungsbegründung einreichen. Wird diese Frist versäumt, muß die Partei dies gegen sich gelten lassen; eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet nicht statt. Die Berufungsbegründung muß eine bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung enthalten. Eine allgemeine Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen und auch die Angabe des Aktenzeichens für das Armenrechtsgesuch genügt für die Berufungsbegründung nicht.

Gegen das Urt. des LG. v. 18. Dez. 1933, durch das die Kl. mit ihren Ansprüchen gegen die Bekl. zum Teil abgewiesen worden war, hat der RA. F. am 13. Febr. 1934 insoweit namens der Kl. Berufung eingelegt. Sein Schriftsatz enthält den formularmäßigen Text: „Zur Begründung der Berufung werden die Ausführungen der Berufungskl. in erster Instanz wiederholt. Weitere Ausführungen zur Begründung der Berufung werden ausdrücklich vorbehalten." Unter der Anschrift an das OLG. befindet sich der Vermerk: „Armenrechtsvorgänge: 8 Ua 52/34".

Bereits am 10. Febr. 1934 hatte die Kl. durch ihren erstinstanzlichen Anwalt beim OLG. um Bewilligung des Armenrechts für die BerInst. und am 13. Febr. 1934 um Beiordnung des RA. F. als Armenanwalt gebeten. Durch Beschl. v. 17. Mai 1934 hat das OLG. der Kl. als Berufungskl. für die BerInst. das Armenrecht bewilligt und ihr den RA. F. als Armenanwalt beigeordnet. Diesem ist der Beschl. am 7. Juni 1934 zugestellt worden. Am 18. Juni 1934 hat RA. F. zur Begr. der Ber. einen Schriftsatz vom 15. Juni 1934 eingereicht und gleichzeitig beantragt, der Kl. wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Das OLG. hat die Ber. der Kl. gegen das landgerichtliche Urt. als unzulässig verworfen. Der Vertreter der Kl. hat gegen diesen Beschl. sofortige Beschw. erhoben.

Die Beschw. ist verfahrensrechtlich zulässig, aber sachlich nicht begründet. Sie bekämpft zu Unrecht die unter Bezugnahme auf die reichsgerichtliche Rspr. (RG. 143, 293[1]) vertretene Ansicht des OLG., daß die von dem Vertreter der Kl. eingereichte Berufungsschrift nicht den Anforderungen einer Berufungsbegründung entspreche. Es ist an der Auffassung festzuhalten, daß eine allgemeine Bezugnahme der Partei auf ihre Ausführungen in der ersten Instanz dem Erfordernis des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. i. d. Fass. v. 27. Okt. 1933 nicht genügt, wonach die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung enthalten muß. Der BeschwF. kann nicht zugegeben werden, ihr Vertreter habe dadurch, daß er das gerichtliche Aktenzeichen für das Armenrechtsgesuch unter die Anschrift an das OLG. gesetzt habe, die Ausführungen des erstinstanzlichen Anwalts der Kl. in dem Armenrechtsgesuch zum Inhalt seiner Berufungsbegründung gemacht. Wäre dies der Fall, so ist es nicht verständlich, weshalb RA. F. unter dem 15. Juni 1934 beim OLG. noch einen weiteren Schriftsatz einreichte, mit dem er nach den Eingangsworten die „Begründung der Berufung" vornahm. Der Anführung des Aktenzeichens für das Armenrechtsgesuch in derselben Spalte wie das Aktenzeichen erster Instanz, und nur durch die vorgedruckte Anschrift an das OLG. — anscheinend aus Platzmangel — von jenem getrennt, kann keine andere Bedeutung beigemessen werden als die eines allgemeinen Hinweises auf die in der Sache bereits entstandenen Gerichtsakten, nicht aber eine solche, als ob die Ausführungen in dem Armenrechtsgesuch des erstinstanzlichen Anwalts die Stelle der für das Verfahren vor dem OLG. vorgeschriebenen Berufungsbegründung vertreten sollten. Es erübrigt sich daher ein Eingehen auf die Frage, ob eine ausdrückliche und zweifelfreie Bezugnahme auf den Inhalt eines von dem Anwalt der ersten Instanz eingereichten Armenrechtsgesuchs der gesetzlichen Anforderung für eine Berufungsbegründung überhaupt entsprochen haben würde.

Entgegen der Ansicht der BeschwF. ist dem OLG. auch darin beizupflichten, daß der Kl. gegen die Versäumung der Frist für die Berufungsbegründung eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden konnte, weil sie an deren Einhaltung nicht durch einen unabwendbaren Zufall verhindert war. Denn da sie in der BerInst. durch einen Anwalt vertreten war, so geht es zu ihren Lasten, wenn dieser

[1]) JW. 1934, 1171.

die mit dem 13. März 1934 ablaufende Frist des § 519 Abs. 2 ZPO. für die Berufungsbegründung verstreichen ließ, ohne einen Antrag auf Verlängerung dieser Frist zu stellen, deren Bewilligung ihm nach der Erklärung des OLG. in sicherer Aussicht gestanden hätte. Diese Unterlassung ihres Vertreters, die die Kl. gegen sich gelten lassen muß, bedeutete für sie daher keinen unabwendbaren Zufall i. S. des § 233 ZPO., durch den sie verhindert worden wäre, die gesetzlich vorgeschriebene Frist einzuhalten.

(Beschl. v. 8. Okt. 1934; VI B 24/34. — Breslau.)

**7. §§ 519 Abs. 3 Ziff. 2, 519b ZPO.

I. Die Entsch. des BG. über die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Berufung nach § 519 ZPO. unterliegt der Nachprüfung des RevG.

II. Auch in einfachen Fällen und bei Beschränkung des Streitstoffs auf die Entsch. nur einer Rechtsfrage genügt die bloße Bezugnahme auf das Vorbringen der 1. Instanz zur Begründung der Berufung nicht.

Die Begründung der Berufung besteht nach dem als Berufungsbegründung bezeichneten Schriftsatz des Kl. lediglich aus dem Antrag, der Klage stattzugeben, und aus folgenden beiden Sätzen:

„Zur Begründung wird auf das Vorbringen im ersten Rechtszuge verwiesen. Neue Behauptungen sollen nicht aufgestellt werden."

Der Vorderrichter verkennt nun nicht, daß nach § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. n. F. die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) enthalten muß, und er führt aus, sofern das Urteil aus Rechtsgründen angefochten werde, sei also darzulegen, welche Rechtsansicht, welcher Rechtsstandpunkt für falsch erachtet werde. Danach gelangt das BG. zu der Rechtsauffassung, die Berufungsbegründung des Kl. würde „im allgemeinen an sich nicht ausreichen". Im vorliegenden Falle sei jedoch zu berücksichtigen, daß es sich um einen unstreitigen Tatbestand handle und vom Gericht nur eine einzige Rechtsfrage zu entscheiden war. In diesem besonderen Falle sei aus dem Inhalt der Berufungsbegründung sowohl für das Gericht als auch für die Gegenpartei genau zu erkennen, was der Kl. anfechten wolle, nämlich den Standpunkt des LG. bei der Entsch. der einzigen Rechtsfrage in einem ihm ungünstigen Sinne. In diesem, in keiner Weise zu Zweifeln Anlaß gebenden Falle müsse die Berufungsbegründung des Kl. als den Vorschriften des § 519 ZPO. entsprechend angesehen werden.

I. Diese Entsch. des BG. über die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Berufung unterliegt der Nachprüfung des RevG. Denn wenn es sich um eine rechtlich zu beanstandende Entsch. des BG. in der Frage der Zulässigkeit der Berufung handelt, so stellt dies einen Mangel des Verfahrens dar, der trotz §§ 554 und 559 ZPO. in jeder Lage des Rechtsstreits zu berücksichtigen ist, da er zu den unverrückbaren Grundlagen des Verfahrens überhaupt gehört, und da die Vorschrift des § 519b ZPO., wonach die Zulässigkeit der Berufung von Amts wegen zu prüfen ist, auch für die Nachprüfung in der RevInst. gilt (WarnRspr. 1916 Nr. 97; RG. 110, 172/73[1]); 112, 142[2]); RGUrt. v. 21. April 1926, III 574/25; RG.: JW. 1910, 28[49]).

II. Diese Nachprüfung der Rechtsansicht des BG. über die Zulässigkeit der Berufung muß zu einem von der Rechtsauffassung des Vorderrichters abweichenden Ergebnis führen. Schon die Annahme, daß, wenn nur eine einzige Rechtsfrage zu entscheiden sei und daher für das Gericht und den Prozeßgegner kein Zweifel über die Berufungsgründe des Berufungskl. entstehen könne, den gesetzlichen Erfordernissen des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. genügt sei, findet weder im Wortlaut noch in dem Sinn der neuen Vorschriften ihre Rechtfertigung. Die Unterscheidung, die das BG. je nach der Einfachheit oder schwierigeren Gestaltung der Rechtslage hinsichtlich der an die Berufungsbegründung zu stellenden Anforderungen machen will, steht aber vor allen Dingen im Widerspruch mit der Auslegung, die den neuen Vorschriften in der Rspr. des RG. gegeben worden ist (RG. 143, 292[3]) und 144, 64[4]). Nach dieser Auslegung, der sich der erk. Sen. anschließt, soll eine rein formularmäßige Begründung der Berufung schlechtweg und unter allen Umständen ausgeschlossen werden, und es erscheint hiernach nicht angängig, sie für vereinzelte Fälle zuzulassen. Durch die unterschiedliche Behandlung, wie sie das BG. eintreten lassen will, würde zudem eine flüssige Grenze geschaffen, und es müßte in jedem einzelnen Falle die Rechtslage auf ihre Einfachheit oder Schwierigkeit hin geprüft werden, was nicht die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung der neuen Vorschriften gewesen sein kann. Es muß daher grundsätzlich die Auffassung vertreten werden, daß auch in einfachen Fällen und bei Beschränkung des Streitstoffs auf die Entsch. nur einer Rechtsfrage die bloße Bezugnahme auf das Vorbringen des 1. Rechtszugs zur Begründung der Berufung nicht genügt (so auch RArbG. 14, 50).

Dazu kommt aber im vorliegenden Falle, daß es sich in Wirklichkeit nicht nur um eine einzige Rechtsfrage gehandelt hat, die von dem Gericht zu entscheiden war. (Wird weiter ausgeführt.)

(U. v. 21. Sept. 1934; III 93/34. — Celle.) [v. B.]

**8. § 519, III Nr. 2 ZPO.

I. Lediglich eine Wiederholung der Beweisanträge der 1. Instanz allein reicht zur Berufungsbegründung nicht aus.

II. Weitere Schriftsätze, die inhaltlich als Berufungsbegründung genügt haben würden, aber nicht zur Begründung der Berufung, sondern aus einem andern Anlaß, z. B. zur Begründung des Antrags auf Einstellung der Zwangsvollstreckung zu den Akten gebracht sind, können nicht als Berufungsbegründung berücksichtigt werden.

I. Die Berufungsschrift der Kl. enthielt außer der Erklärung, daß Berufung eingelegt werde, sowie dem Berufungsantrage nur den Satz: „Die Beweisanträge der 1. Instanz werden wiederholt." Daß dieser Satz allein als Berufungsbegründung i. S. der Vorschrift des § 519 Abs. 3 Satz 2 ZPO. nicht genügte, bedarf keiner näheren Ausführung. Es bedurfte daher nach der Vorschrift des § 519 Abs. 2 das. zur Berufungsbegründung der Einreichung eines weiteren Schriftsatzes bei dem BG.

II. Die Frage ist nun, ob als solche Begründung vom BG. das anerkannt und berücksichtigt werden müßte, was die BeschwF. in einem schriftlichen Antrage vorgebracht hatte, mit dem sie die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbefehle des AG. erbat. Das BG. scheint nicht zu bezweifeln, daß, wenn diese Ausführungen zu berücksichtigen gewesen wären, sie inhaltlich als Berufungsbegründung genügt haben würden. Es versagt ihnen aber die Berücksichtigung, weil sie nicht zur Begründung der Berufung, sondern aus anderem Anlaß, nämlich zur Begründung eines Antrags auf Einstellung einer Zwangsvollstreckung, zu den Akten gebracht sind.

Dem BG. ist beizutreten. Im Sinne der Verschärfung, welche die Anforderungen an die Berufungsbegründung erfahren haben, liegt es auch, daß die Berufungsbegründung, sofern sie nicht schon in der Berufungsschrift erfolgt, als solche erkennbar sein muß. Hier aber ließ der Schriftsatz der BeschwF., der mit dem eingerückten, formulierten Einstellungsantrag begann, nirgends erkennen, daß er noch einem anderen Zwecke dienen sollte als der Begründung jenes Antrags auf eine einstweilige Anordnung gemäß § 768 ZPO. Wenn zu diesem Zwecke zwar auch Ausführungen gemacht wurden, die sich in der Sache gegen das mit der Berufung angegriffene Urteil richteten, so trat doch die Absicht, damit zugleich den Erfordernissen des § 519 Abs. 2, 3 ZPO. zu genügen, nirgends hervor. Auch ist später nicht etwa zur Begründung der Berufung irgendwo und wie auf diese Darlegungen Bezug genommen.

Der BeschwF. stehen die von ihr angezogenen Entsch.

[1]) JW. 1925, 766. [2]) JW. 1926, 1565. [3]) JW. 1934, 1171. [4]) JW. 1934, 1782[5].

schon deshalb nicht zur Seite, weil sie vor der Zivilprozeßnovelle v. 27. Okt. 1933 ergangen sind. Außerdem lagen aber jene Fälle auch wesentlich anders. Bei dem Urteil des 4. ZivSen. v. 12. Juli 1928 (IV 26/28: JW. 1928, 2711[9]) handelte es sich nicht um einen Mangel der Berufungsbegründung, sondern um die Auslegung des Berufungsantrags. Im Falle des Urteils v. 8. Mai 1928 aber (II 14/28: JW. 1928, 1858[8]) standen Ausführungen eines Armenrechtsgesuches in Frage, einer Eingabe also, die in derselben Richtung wirken sollte wie die Berufungsbegründung; jene Ausführungen waren in der Berufungsschrift ausdrücklich in Bezug genommen.

(Beschl. v. 29. Sept. 1934; V B 20/34. — Köln.) [v. B.]

b) Strafsachen

Berichtet von Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden

9. § 12 DevO.; §§ 271, 272, 273, 363 StGB. Unter „Überbringen" i. S. von § 12 DevO. ist auch das Hinüberschaffen über die Grenze zu eigenen Gunsten zu verstehen. Auch Ausländer unterstehen diesem Verbote. — Unter den Begriff der öffentlichen Urkunde i. S. von §§ 271—273 StGB. fallen auch öffentliche Urkunden des Auslands. § 363 StGB. findet bei Pässen, die auf Grund falscher Angaben gegenüber einer ausländischen Behörde erschlichen worden sind, keine Anwendung. †)

(FerSen. v. 10. Sept. 1934; 3 D 835/34.)

Abgedr. JW. 1934, 2920[26].

Zu 9. Der Entsch. ist zuzustimmen.

1. Die Begründung des RG. für die Zuwiderhandlung gegen § 12 DevVO. deckt sich mit den vom 3. StrSen. im Urt. v. 6. Nov. 1933: JW. 1934, 101 aufgestellten Rechtsgrundsätzen. Die mit der Rev. des Angekl. angefochtene Entsch. des LG. Wuppertal war am 23. April 1934 ergangen. Durch das Ges. zur Änderung der DevVO. v. 16. Febr. 1934 (RGBl. I, 92) Art. I Ziff. 1 hat § 12 DevVO. folgenden Abs. 2 erhalten: „Zuwiderhandlungen gelten als Bannbruch i. S. des VZollG., und zwar auch dann, wenn die Handlung fahrlässig begangen ist." § 12 betrifft die sog. Devisenausfuhrvergehen, spricht aber nur vom „Versenden" und „Überbringen" ins Ausland, ohne den im § 134 VZollG. gebrauchten Fachausdruck „Ausfuhr" zu verwenden. Die Frage, ob eine Zuwiderhandlung gegen § 12 auch als Bannbruch i. S. des VZollG. anzusehen ist, wurde bis zum Erlaß des Ges. v. 16. Febr. 1934 von der Rspr. nicht einheitlich beurteilt. Der 2. StrSen. des RG. kam auf Grund eingehender Nachprüfung in seinem Urt. v. 16. Nov. 1933: JW. 1934, 233 zu dem Resultat, daß der Gesamtüberblick über die Devisengesetzgebung und besonders der ganze Aufbau der Strafbestimmungen zur vollen Überzeugung ergeben, daß die DevVO. das Gebiet der Ausfuhr ins Ausland und ins Saargebiet erschöpfend regeln wollte und die gleichzeitige Anwendung der Strafbestimmungen des VZollG. nicht stattfinden sollte. Durch das Ges. v. 16. Febr. 1934 wurde die Zuwiderhandlung gegen § 12 ausdrücklich als Bannbruch i. S. des VZollG. erklärt. Diese Bestimmung ist als gesetzliche Interpretation anzusehen (Flad: JW. 1934, 1450). Die Anwendung des VZollG. auf Devisenausfuhrvergehen wird durch die weitere Bestimmung des Ges. v. 16. Febr. 1934 neuer Abs. 8 des § 36 DevVO. dahin klargestellt, daß auf die Einziehung der zur Begehung der Tat benutzten Beförderungsmittel die Vorschriften dieses Gesetzes mit der Maßgabe anzuwenden sind, daß die Einziehung zugunsten des Reichs erfolgt, während sich im übrigen Strafe, Einziehung und die Haftung der Vertretenen i. S. des § 416 RAbgO. ausschließlich nach den Vorschriften der DevVO. bestimmen.

2. Auf Grund des neuen Abs. 2 des § 12 ist für die Auslegung des Begriffs der „Überbringung" i. S. des Abs. 1 die Bestimmung des § 134 VZollG. mit heranzuziehen (vgl. auch den Tatbestand des vorsätzlichen Ausfuhrunternehmens i. S. des § 3 Abs. 1, 4 des Art. II WucherGerVO. v. 27. Nov. 1919 [RGBl. 1909] und des § 29 PreistrVO. v. 13. Juli 1923 [RGBl. I, 700]). Hiernach ist schon das Unternehmen der Ausfuhr verboten. Das vorsätzliche Ausfuhrunternehmen besteht in der Gesamtheit der Handlungen, die unmittelbar dazu bestimmt und geeignet sind, Zahlungsmittel ins Ausland zu verbringen (RGSt. 58, 366). Der Tatbestand des Überbringens von Zahlungsmitteln ins Ausland ist im Inland schon dann erfüllt, wenn sich jemand mit Zahlungsmitteln in der Absicht nach der Grenze begibt, sie nach dem Ausland zu bringen (vgl. das unter 1 erwähnte Urteil RG.: JW. 1934, 101, das zu der mit Abs. 1 § 12 übereinstimmenden Vorschrift des § 7 DevVO. 1931 ergangen ist). Als Ort der Begehung des Devisenausfuhrvergehens kommt jeder Ort in Betracht, an dem irgendein Teil des strafbaren Tatbestandes verwirklicht worden ist, mag es sich um Ausführungshandlungen oder um tatbestandsmäßige Wirkungen handeln.

3. Nach diesen Rechtsgrundsätzen ist der Tatbestand des § 12 vorliegend mit Recht als erfüllt erachtet worden. Unbedenklich ist auch das Hinüberschaffen über die Grenze zu eigenen Gunsten des Täters als „Überbringen" i. S. des § 12 anzusehen. Da die Tat im Inland begangen worden ist, war § 12 DevVO. nach § 3 StGB. auch auf den Angekl., der der Nationalität nach Ausländer ist, anzuwenden. Ausländische Staatsangehörige können für Devisenstraftaten, die sie im Inland begehen, hier bestraft werden (Lion-Hartenstein § 40 A. 2).

4. Der vom RG. erwähnte RdErl. des RWiM. v. 14. Nov. 1931 ist durch RdErl. Nr. 32 v. 19. April 1934 betr. Erleichterung für den Grenzverkehr aufgehoben und ersetzt worden. Unter VIII 3 bestimmt der RdErl. Nr. 32 folgendes: „Hat der Ausländer oder Saarländer zwar eine Grenzbescheinigung oder Auszahlungsbescheinigung oder Bankabrechnung über eingebrachte oder aus dem Ausland erhaltene Devisen, hat er aber vor dem Grenzübertritt die in Reichsmark umgewandelte Valuta nicht zurückgewechselt, so kann er nur innerhalb der Freigrenze von 50 *RM* (jetzt 10 *RM*) inländische Scheidemünzen nach dem Ausland oder Saargebiet verbringen oder ausländische Zahlungsmittel erwerben und verbringen. Eine Verbringung von Reichsmarknoten an Stelle von eingebrachten Devisen ist nicht statthaft." Die letztere Vorschrift beruht auf dem durch § 2 der 8. DurchfVO. v. 17. April 1934 (RGBl. I, 313) erlassenen absoluten Ausfuhrverbot für Reichsmarknoten.

5. Was die Verurteilung des Angekl. aus § 273 StGB. anlangt, so hat das RG. mit Recht die Anwendung des § 363 StGB. verneint. Der gesetzgeberische Zweck dieser Ausnahmevorschrift geht dahin, Zuwiderhandlungen gegen polizeiliche Kontrollvorschriften, welche für das Fortkommen einer Person lästig oder hinderlich sind, milder zu bestrafen (RGSt. 26, 85).

RA. Dr. Wilhelm Thiele, Berlin.

10. §§ 33, 36 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 6 DevVO. v. 23. Mai 1932; Art. I § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1 DurchfVO. zur DevVO.; §§ 59, 73 StGB. Die Nichtanmeldung von ausländischen Zahlungsmitteln und Auslandsguthaben und die Verfügung über Auslandsguthaben während der Anbietungsfrist ohne Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle können infolge der Verschiedenheit ihres Wesens und ihrer Erscheinungsform nicht in Tateinheit (§ 73 StGB.) stehen. Bei dem Zusammentreffen dieser beiden Straftaten liegt auch keine Gesetzeseinheit vor. Auch der Irrtum über das Vorliegen der Anbietungspflicht nach der DurchfVO. zur DevVO. ist ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum. DevVO. und DurchfVO. sind ein einheitliches Gesetzeswerk, die Grundsätze über den Irrtum bei Blankettgesetzen daher nicht anwendbar. †)

Die Angekl., eine deutsche Reichsangehörige, hat lange Jahre in den Vereinigten Staaten von Nordamerika gelebt. Sie hat sich dort mit einem Deutschen verheiratet. Die Eheleute haben, nachdem sie, und zwar die Ehefrau im Juni, der Ehemann im August 1933, nach Deutschland zurückgekehrt waren, spätestens Mitte September 1933 zu E. ihren Wohnsitz begründet. Sie kauften in E. im September 1933 ein Grundstück, auf dem sie Wohnung nahmen und eine Hühnerfarm einrichteten.

Die Angekl. hatte bei der „Schweizerischen Kreditbank" in Zürich ein Guthaben von 22275 Schw. Fr. und bei der „Amsterdamschen Bank" in Amsterdam ein Guthaben von 26250 holl. fl. Weiter hatte die Angekl. bei ihrer Einreise nach Deutschland und auch noch bei ihrer Niederlassung in E. ausländische Zahlungsmittel in erheblichen Beträgen in Besitz.

Zu 10. 1. Die von dem RG. vertretene Auffassung, daß für eine Verurteilung wegen Verletzung der Anbietungspflicht dann kein Raum mehr sei, wenn während des Laufs der Anbietungsfrist bereits über die anbietungspflichtigen Devisen verfügt worden ist, und daß in solchen Fällen gegebenenfalls nur eine Verurteilung wegen ungenehmigter Verfügung über die Devisen erfolgen kann, ist nicht unbedenklich. Das RG. geht m. E. zu Unrecht davon aus, daß die Straf-

Die Eheleute haben diese Guthaben und Barbeträge nicht der Reichsbank angeboten.

Zur Bezahlung des Kaufpreises für das Grundstück in E. tauschte „Ende September oder Anfang Oktober" 1933 die Angekl. von ihrem Guthaben bei der Amsterdamschen Bank einen Teilbetrag von 3000 holl. fl. gegen Reichsmark um. Die Reichsmarkbeträge ließ sie sich nach Deutschland senden. Die Zustimmung der Stelle für Devisenbewirtschaftung hatte sie zu dieser Verfügung nicht eingeholt.

Bei einer Durchsuchung, die am 10. Jan. 1934 bei ihr vorgenommen wurde, hatte die Angekl. noch ausländische Zahlungsmittel, und zwar 620 $ in Noten, 105 $ in Gold in ihrem Besitz. Diese ausländischen Zahlungsmittel stammten aus denen, die sie bei ihrer Einreise nach Deutschland mitgebracht hatte.

Das LG. hat die Angekl. verurteilt:

a) weil sie es im September 1933 vorsätzlich unterlassen hatte, ausländische Zahlungsmittel und Forderungen in ausländischer Währung binnen zehn Tagen nach Begründung des Wohnsitzes im Inland der zuständigen Reichsbankstelle anzubieten (Vergehen gegen § 36 Abs. 1 Nr. 6 i. Verb. m. § 33 DevVO. v. 23. Mai 1932 und mit Art. I § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 2 DurchfVO. zur DevVO.);

b) weil sie Ende September oder Anfang Oktober 1933 vorsätzlich über eine Forderung in ausländischer Währung — ihr Guthaben gegen die Amsterdamsche Bank —, die nicht nach § 3 DevVO. erworben worden sei, ohne Genehmigung der Stelle für Devisenbewirtschaftung verfügt habe (Vergehen gegen § 36 Abs. 1 Nr. 3 i. Verb. m. § 4 DevVO. v. 23. Mai 1932).

1. Das LG. hat die beiden Straftaten als im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander stehend angesehen. Hiergegen wendet sich die Rev.

Läge der Fall so, wie die Rev. behauptet, daß nämlich die Angekl. schon während des Laufs der Anbietungsfrist über ihr Guthaben oder über Teile ihres Guthabens verfügt hätte, so wäre, soweit diese Verfügung gereicht hat, kein Vergehen gegen § 36 Abs. 1 Nr. 6 i. Verb. m. § 33 DevVO. und Art. I § 2 Abs. 1 (§ 1 Abs. 2) DurchfVO. vorhanden gewesen. Denn diese Strafvorschrift setzt ihrer Natur nach voraus, daß die Forderung während der ganzen Dauer der Anbietungsfrist bestanden und dem Täter zugestanden hat. Insoweit hätte die Angekl. also nur wegen der Verfügung (nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 i. Verb. m. § 4 DevVO.) verurteilt werden können. Gleichwohl hätte auch in diesem Falle eine Verurteilung wegen Vergehens gegen § 36 Abs. 1 Nr. 6 insoweit ausgesprochen werden können und müssen, als die Angekl. die ausländischen Zahlungsmittel, die sie zur Zeit der Niederlassung in Deutschland in ihrem Besitz gehabt hat, nicht den genannten Vorschriften entsprechend angeboten hat, ferner auch, soweit sie ihr Restguthaben bei der holländischen und ihr Guthaben bei der Schweizer Bank nicht angeboten hat. Es hätten zwei voneinander völlig unabhängige strafbare Handlungen vorgelegen, die — obwohl gleichzeitig begangen — keinerlei Berührungspunkte miteinander gehabt hätten. Der Gegenstand beider Straftaten wäre verschieden gewesen. Auch wäre die eine strafbare Handlung (die Nichtanmeldung) durch ein reines Unterlassen (entgegen bestehender Rechtspflicht), die andere (die Verfügung) durch Handeln begangen worden; beide Taten wären also ihrem Wesen und ihrer Erscheinungsform nach von ganz verschiedener Art gewesen. Bloße Gleichzeitigkeit der strafbaren Handlungen reicht i. S. des § 73 StGB. zur Herstellung der Tateinheit nicht aus.

Nach den in dem angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen liegt aber der von der Rev. behauptete Sachverhalt gar nicht vor. Danach hat die Angekl. „spätestens Mitte September 1933" ihren Wohnsitz in Deutschland begründet. Die Anbietungspflicht lief also nach § 2 DurchfVO. spätestens am 25. Sept. 1933 ab. Dagegen hat die Angekl. die Verfügung, die den weiteren Gegenstand der Anklage bildet, nach der Annahme des LG. „Ende September oder Anfang Oktober 1933" getroffen. Nun hat allerdings die StrK. nicht ausdrücklich dargelegt, in welchem Zeitpunkt — worauf es hier ankommt — die Verfügung wirksam geworden ist. Keinesfalls kann das, wie der Verteidiger anzunehmen scheint, schon in dem Zeitpunkt geschehen sein, in dem die Angekl. das Auftragsschreiben an die holländische Bank abgesandt hat. Als frühester Zeitpunkt kommt vielmehr der in Betracht, in dem dieser Auftrag der Bank zugegangen ist (vgl. dazu RG. 90, 395, 400 und für den Begriff der „Verfügung" RGSt. 67, 130, 136, 137). Nach der ersichtlichen Annahme der StrK. lag mindestens dieser Zeitpunkt — wenn nicht sogar der der Absendung des Auftragsschreibens — nach dem Ablauf der Anbietungsfrist.

Unter diesen Umständen ist Raum für die Annahme eines selbständigen Vergehens der Nichtanmeldung nach § 36 Abs. 1 Nr. 6 (i. Verb. m. § 33 DevVO. und mit Art. I § 2 Abs. 1 DurchfVO.) neben dem Vergehen der unberechtigten Verfügung nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 (i. Verb. m. § 4) DevVO., auch soweit die beiden Straftaten denselben Gegenstand betreffen.

Eine Tateinheit kommt in diesem Falle selbst dann nicht in Betracht, wenn etwa die Angekl. ihren Auftrag an die holländische Bank schon vor Ablauf der für die Bankguthaben laufenden Anbietungsfrist abgesandt haben sollte. Denn die Absendung dieses Auftrags war, wie schon gesagt, noch nicht die Verfügung, sondern nur eine Vorbereitung dafür. Auch hier steht übrigens der Umstand, daß die eine der beiden Straftaten durch Unterlassung, die andere durch Handeln begangen wird, der Annahme von Tateinheit jedenfalls entgegen. Die bloße Gleichzeitigkeit dieser Handlungen ist auch hier nicht gleichbedeutend mit Tateinheit. Vollends kommt dann keine Tateinheit in Frage, wenn die Angekl. den Auftrag an die holländische Bank erst nach Ablauf der Anbietungsfrist abgesandt haben sollte.

Der Prüfung bedarf aber in diesem Falle noch die Frage, ob — soweit über die nicht angebotene Forderung nachträglich auch noch verfügt worden ist — Gesetzeseinheit vorliegt.

Der Gesetzgeber der DevVO. bekämpft, wie das RG. bereits in anderem Zusammenhange dargelegt hat (vgl. RGSt. 67, 401, 405 f.[1]; 68, 136, 147 f.[2]) die Gefahren, die sich für die deutsche Volkswirtschaft und insbes. für die deutsche

---

vorschriften wegen Verletzung der Anbietungspflicht ihrer Natur nach voraussetzen, daß die anbietungspflichtigen Werte während der ganzen Dauer der Anbietungsfrist bestanden und dem Täter zugestanden haben müssen. M. E. ist die Anbietungspflicht durch § 33 DevVO. i. Verb. m. den §§ 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 DurchfVO. selbständig und ohne Rücksicht darauf begründet worden, daß die fraglichen Werte während eines bestimmten Zeitraumes dauernd im Besitz des Anbietungspflichtigen waren. Die in den Anbietungsvorschriften vorgesehenen Fristen bestimmen nur den Zeitpunkt, bis zu welchem der Anbietungspflicht jeweils spätestens zu genügen ist. Sie haben aber keinerlei begründende Wirkung auf die Anbietungspflicht selbst. Dies ergibt sich m. E. zwingend aus der Fassung der §§ 1 Abs. 1 und 4 und 2 Abs. 1, in denen die Frist klar als zeitliche Begrenzung einer selbständig begründeten Anbietungspflicht herausgestellt ist. Wenn die Auffassung des RG. zutreffend wäre, so hätte die Frist ähnlich wie bei der in § 1 Abs. 3 behandelten Anbietungspflicht hinsichtlich innerhalb der Freigrenze erworbener Devisen dergestalt in die Vorschriften eingebaut werden müssen, daß in den Vorschriften statt einer Anbietung jeweils spätestens drei Tage nach Erwerb, eine Anbietung angeordnet worden wäre, soweit die Werte nach Ablauf von drei Tagen noch im Besitz des Anbietungspflichtigen sind. Es muß daher m. E. streng zwischen der Anbietungspflicht und der Anbietungsfrist unterschieden werden mit dem Ergebnis, daß eine Verfügung über anbietungspflichtige Werte, auch während des Laufs der Anbietungsfrist, immer von der vorherigen Anbietung und Freigabe seitens der Reichsbank — § 34 DevVO. i. Verb. m. § 6 DurchfVO. — abhängig ist. Würde man der Ansicht des RG. folgen, so würde jeder auf Grund einer durch eine Devisenstelle oder Überwachungsstelle erteilten Genehmigung innerhalb dreier Tage nach Anfall von Devisen straflos über diese Devisen ohne Freigabe der Reichsbank verfügen und damit die in den Anbietungsvorschriften bezweckte Aufsicht der Reichsbank über den gesamten Devisenanfall gegenstandslos machen können.

2. Der Ansicht des RG., daß die ungenehmigte Verfügung und die Nichtanbietung nicht im Verhältnis der Gesetzeseinheit stehen, sondern selbständige Tatbestände sind, die besondere, durch die Devisenbestimmung zu erfassende Gefahren betreffen, ist auch nach den Erörterungen zu 1 unbedingt beizutreten. Durch die Anbietung soll der

[1]) JW. 1934, 104. [2]) JW. 1934, 1786.

Währung aus der Verschuldung an das Ausland ergeben, in der Weise, daß er nach Möglichkeit schon die Quellen dieser Gefahren durch Strafandrohungen abzudämmen sucht. Es wird nicht nur die Herbeiführung des der deutschen Wirtschaft schädlichen Erfolges, sondern es wird auch schon das Beschreiten gewisser Vorstufen, die auf dem Wege zu dem bekämpften Erfolge liegen, mit Strafe bedroht. Die strafbare Verletzung entwickelt sich also stufenweise aus der Schaffung und Vertiefung von Gefahrenlagen heraus, deren jede schon für sich strafbar ist, ohne daß es zu der weiteren Gefahrenstufe oder zu dem Erfolge selbst zu kommen braucht. Bei derartigem stufenweisem Aufbau der Straftatbestände nimmt nach der Ansicht des RG. (vgl. die Nachweise in RGSt. 67, 406 [3]) die gegen das Betreten der weiteren Stufe gerichtete Strafandrohung die Strafvorschriften in sich auf, die das Beschreiten der früheren Stufen verhindern sollen, dergestalt, daß in solchen Fällen nur eine strafbare Handlung vorliegt und nur die weitergehende Strafvorschrift anzuwenden ist. Eine derartige Lage hat der 1. StrSen. des RG. in der erwähnten Entsch. RGSt. 68, 136, 147 f. [4]) (vgl. auch RGSt. 67, 401, 406 f. [5])) für den Fall angenommen, daß ein Inländer, der im Inlande als mittelbarer Stellvertreter für einen Ausländer Wertpapiere gegen Reichsmark verkauft hat, ohne Genehmigung der Stelle für Devisenbewirtschaftung zunächst den Kaufpreis in Empfang nimmt und ihn dann dem Ausländer im Inland aushändigt; der genannte Senat hat sich dahin ausgesprochen, daß in einem solchen Falle die Verwirklichung des gegen die Aushändigung des Erlöses an den Ausländer gerichteten Straftatbestandes — als Schaffung einer dem bekämpften Enderfolg näher liegenden Gefahr — die Anwendung der Strafandrohung gegen die genehmigungslose Verfügung über die Kaufpreisforderung in sich aufnimmt, also ausschließt.

Es fragt sich, ob dieser Gedankengang auch für den vorliegenden Fall anwendbar ist. Das trifft nach der Meinung des erk. Senats nicht zu. Der Fall unterscheidet sich gerade in dem Kernpunkt wesentlich von dem Fall, der der Entsch. des 1. Senats unterlegen hat. Man kann nicht sagen, daß die Nichtanbietung einer Forderung, die auf Zahlung in ausländischer Währung gerichtet ist, für die deutsche Wirtschaft nur eine Gefahr schaffe, nämlich die des Verlustes der Forderung für die Zwecke der Devisenbewirtschaftung, und daß diese Gefahr zu dem Enderfolg, dem Verlust der Forderung für die Devisenbewirtschaftung, erst dadurch verstärkt werde, daß über die Forderung ohne Genehmigung der Stelle für Devisenbewirtschaftung verfügt wird. Vielmehr liegt in der Unterlassung der Anbietung an sich schon eine Schädigung der Devisenbewirtschaftung, nicht nur die Erzeugung der Gefahr einer solchen; denn sie beraubt die Reichsbank der Möglichkeit, die Forderung zum Zwecke der Devisenbewirtschaftung so einzusetzen, wie sie es ohne die Unterlassung könnte. Schon durch die Nichtanmeldung wird der schädliche Erfolg herbeigeführt, den zu verhüten die Strafvorschriften der DevVO. bestimmt sind. Daß der Erfolg unter günstigen Umständen möglicherweise noch wieder gutgemacht werden kann, ändert nichts daran, daß hier nicht nur eine Gefahrenlage, sondern der Erfolg selbst herbeigeführt wird, den die DevVO. verhindern will.

Bei einem derartigen Verhältnis der beiden Straftaten zueinander läßt sich nicht sagen, daß die Nichtanbietung ihre Bedeutung verliere, wenn nachträglich über die nichtangemeldete Forderung auch noch ohne Genehmigung verfügt wird. Die beiden Taten stehen selbständig nebeneinander; die erste ist keine bloße Vorstufe der zweiten.

Das LG. hat daher mit Recht Tatmehrheit angenommen und demgemäß für jede der beiden Taten eine besondere Einzelstrafe verhängt.

2. Die auf die Sachrüge hin vorzunehmende Nachprüfung des angefochtenen Urteils bietet noch Anlaß zu folgenden Bemerkungen.

Die Angekl. hat gegen ihre Verurteilung eingewendet, sie habe die Bestimmungen über die Devisenbewirtschaftung, insbes. die über die Anbietungspflicht und das Verfügungsverbot, nicht gekannt. Demgegenüber führt die StrK. aus, zum Vorsatz i. S. der hier fraglichen Devisenstrafvorschriften gehöre nicht die Kenntnis dieser Bestimmungen, sondern nur das Wissen um das Vorliegen aller den äußeren Tatbestand ausmachenden Umstände. Überdies habe die Angekl. „um die Grundsätze der Devisenbewirtschaftung, wenn auch nicht um die Einzelheiten, gewußt".

Mit dieser Verteidigung hat sich die Angekl. auf die Vorschriften über den Irrtum (§ 59 StGB.) berufen. Es ist daher zu fragen, ob ein Irrtum über die durch die Devisenvorschriften begründeten Pflichten, insbes. die Unkenntnis dieser Pflichten, geeignet ist, die Annahme von Vorsatz auszuschließen oder, anders ausgedrückt, ob zum Tatbestand der hier fraglichen Devisenstraftaten die Kenntnis der Pflichten gehört, deren Verletzung sie unter Strafe stellt. Wäre dem so, so würde durch die Feststellung der StrK., die Angekl. habe „um die Grundsätze der Devisenbewirtschaftung gewußt", der Vorsatz noch nicht hinreichend festgestellt sein; denn dafür würde es nicht auf ein allgemeines unbestimmtes Wissen, sondern auf das — wenn auch vielleicht nur bedingte — Wissen um bestimmte Pflichten, hier die Anbietungspflicht und das Verbot der Verfügung, ankommen; die erwähnte Feststellung der StrK. überhebt daher das RevG. nicht der Verpflichtung zu prüfen, ob, wie die StrK. in ihrem ersten Entscheidungsgrund angenommen hat, der von der Angekl. behauptete Irrtum ein Strafrechtsirrtum und deshalb für die Schuldfrage unerheblich ist.

Das RG. hat sich mit der Frage, ob Unkenntnis der durch die Devisenbewirtschaftung bestimmten Pflichten den Vorsatz ausschließe, bereits mehrfach beschäftigt. Es hat sie — mit einer noch zu erwähnenden Ausnahme — verneint (vgl. RGSt. 66, 401; 67, 114 [6]); 68, 225 [7]); RGUrt. v. 2. Nov. 1933 [3 D 1041/33] [8]); v. 21. Dez. 1933 [3 D 1076/33] und v. 12. Jan. 1934 [1 D 995/33]). Für den zweiten der hier in Frage kommenden Tatbestände, die unerlaubte Verfügung, bestehen an der Anwendbarkeit dieses vom RG. entwickelten Grundsatzes keinerlei Bedenken. Für den ersten der beiden Tatbestände, den Verstoß gegen die Anbietungspflicht, hat aber kürzlich der 2. StrSen. des RG. in einem Urt. v. 21. Juni 1934 (2 D 1153/34) (RGSt. 68, 225 [9])) im Anschluß an eine Bemerkung, die der 1. StrSen. in einem Urt. v. 17. Jan. 1933 (1 D 894/32) gemacht hatte — im entgegengesetzten Sinne entschieden. Es handelt sich dabei um einen Fall, der unter die DevVO. 1931 fiel. Der Senat ist dabei von der Erwägung ausgegangen, daß die Strafbestimmung des § 18 Abs. 1 Nr. 6 DevVO. ein sog. offenes Strafgesetz sei, das seinen Inhalt nicht in der DevVO. 1931, sondern in einer anderen VO., der 3. DurchfVO. v. 29. Aug. 1931, erhalte, die selbst keine Strafbestimmungen aufweise. Der Senat hat mithin die genannte Entsch. auf die Rspr. gestützt, die das RG. zur Frage des Irrtums über die ein offenes Strafgesetz ausfüllenden Vorschriften entwickelt hat (vgl. u. a. RGSt. 20, 235, 237; 28, 418; 57, 15); er konnte sich dabei auf die

---

Reichsbank die Möglichkeit gegeben werden, alle der deutschen Volkswirtschaft zufließenden Devisen einzuziehen, während durch die Genehmigungspflicht einer Verfügung über Devisen die Erhaltung der Devisenbestände für volkswirtschaftlich gerechtfertigte Zwecke erreicht werden soll.

3. Die Ausführungen des RG. über die strafrechtliche Bedeutung des Irrtums über das Bestehen von Devisenvorschriften sind inzwischen durch den durch § 27 StAnpG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 938) neu geschaffenen § 36a DevVO. überholt. Nach dem Inhalt dieser neuen Bestimmung bleibt künftig straffrei, wer in unverschuldetem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendung devisenrechtlicher Vorschriften die Tat für erlaubt gehalten hat. Soweit jemand aus Mangel an der Sorgfalt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen persönlichen Verhältnissen fähig war, die Tat für erlaubt gehalten hat, wird er wegen Fahrlässigkeit bestraft. Damit ist der Irrtum über das Bestehen und den Inhalt von Devisenbestimmungen für die Zukunft bei laufenden Strafverfahren zu berücksichtigen. Die Schaffung dieser Bestimmung war notwendig, da die Entwicklung der Rspr. über die strafrechtliche Unbeachtlichkeit eines solchen Irrtums bei Beurteilung von Einzelfällen zu erheblichen Härten geführt hat, die aus dem Zweck und Sinn der DevVO. nicht zu rechtfertigen waren.

RegR. Dr. Karl Schultze-Schlutius, Berlin.

[3]) JW. 1934, 104. [4]) JW. 1934, 1786. [5]) JW. 1934, 104. [6]) JW. 1933, 950. [7]) JW. 1934, 2414[10]. [8]) JW. 1933, 2914. [9]) JW. 1934, 2414[12].

Tatsache berufen, daß die in § 18 Abs. 1 Nr. 6 (i. Verb. m. § 15) der DevVO. v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 421) enthaltene Strafvorschrift erst durch das Gebot des Art. I § 1 der 3. DurchfVO. v. 29. Aug. 1931 (RGBl. I, 461) ausgefüllt worden ist. Ob dieser Entsch. für den damaligen Fall zuzustimmen gewesen wäre, kann hier dahingestellt bleiben. Für die neue DevVO., auf Grund deren der vorliegende Fall zu entscheiden ist, trifft die Erwägung, auf die jene Entsch. gestützt ist, nicht mehr zu.

Auf Grund des Art. III der VO. des RPräs. v. 15. April 1932 (RGBl. I, 177) sind die sämtlichen damals in Geltung gewesenen Devisenvorschriften gesammelt und neu bekanntgemacht worden, und zwar — der ausdrücklichen Ermächtigung des RPräs. entsprechend — als die DevVO. und die DurchfVO. hierzu. Beide VO. sind zusammen am 23. Mai 1932 erlassen und gemeinsam veröffentlicht worden (RGBl. I, 231, 238). Damit sind nach dem Willen des Gesetzgebers die DevVO. und die DurchfVO. zu einem einheitlichen Gesetzeswerk geworden; ihre Vorschriften, gleichviel, ob sie in der DevVO. oder in der DurchfVO. enthalten sind, bilden ein innerlich zusammengehöriges Ganzes. Die Beibehaltung der rein äußerlichen, durch Zweckmäßigkeitserwägungen beeinflußten Trennung in zwei VO. ist demgegenüber bedeutungslos. Der Irrtum über irgendeine der in dem einheitlichen Gesetzeswerk enthaltenen Vorschriften, einerlei, wo sie stehen, ist Strafrechtsirrtum. Die Angekl. kann sich also nicht darauf berufen, daß sie die Bestimmung des Art. I § 2 Abs. 1 (mit § 1 Abs. 2) DurchfVO. v. 23. Mai 1932 nicht gekannt habe.

Ein Verfahren nach § 136 GVG. einzuleiten, war der jetzt erk. Senat nicht verpflichtet, da er seine Entsch. auf Grund einer anderen Gesetzeslage zu treffen hat als der 1. und der 2. Senat. Das Urteil des 1. Senats beruht außerdem nicht auf der Entsch. der hier maßgebenden Frage.

(3. Sen. v. 4. Okt. 1934; 3 D 543/34.)

****11.** § 20a StGB. Ein Gewohnheitsverbrecher ist gefährlich, wenn im Hinblick auf die bisherige Häufung der Straftaten und die bisher gezeigte Hartnäckigkeit und Stärke des verbrecherischen Willens mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß der Verbrecher auch in Zukunft den Rechtsfrieden in Fortwirkung seines verbrecherischen Hangs erheblich stören wird. Sicherungsverwahrung darf nicht angeordnet werden, wenn Aussicht für die Besserung des Angekl. besteht.†)

Die StrK. hält den Angekl. für einen Gewohnheitsverbrecher, weil sein Verhalten seit seiner Entlassung aus dem Militärdienst einen Hang zum Verbrechen und eine besondere innere Widerstandslosigkeit gegenüber den sich bietenden Gelegenheiten zu strafbaren Handlungen erkennen lasse. Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden und lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

Dagegen hat das Urteil den Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers verkannt. Gefährlich ist ein Gewohnheitsverbrecher nicht schon, wie die StrK. rechtsirrtümlich annimmt, wenn sich seine bisherigen Taten in besonderer Häufigkeit gegen die der Allgemeinheit gehörenden Mittel der öffentlichen Hand richten und hierdurch das Wohl der Volksgemeinschaft und ihren berechtigten Anspruch auf Rechtsfrieden und Sicherheit gefährden. Es ist vielmehr erforderlich, daß die Gefährlichkeit darin begründet ist, daß im Hinblick auf die bisherige Häufung der Straftaten und die bisher gezeigte Hartnäckigkeit und Stärke des verbrecherischen Willens mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß der Verurteilte auch in Zukunft den Rechtsfrieden in Fortwirkung seines verbrecherischen Hangs in erheblicher Weise stören wird.

Auch die Ausführungen der StrK. darüber, ob die öffentliche Sicherheit die Sicherungsverwahrung des Angekl. verlangt, sind nicht frei von Rechtsirrtum. Es ist rechtsirrig, wenn die StrK. ausführt, es komme nicht darauf an, daß eine Möglichkeit der Besserung des Angekl. bestehe; durch die Sicherungsverwahrung solle auch nur die geringste Möglichkeit der Betätigung eines verbrecherischen Willens unterbunden werden. Der Sicherungsverwahrung kommt vielmehr, wie der Senat RGSt. 68, 149 ff[1]) eingehend dargelegt hat, der Charakter eines letzten Mittels zu, das nur angewandt werden darf, wenn die von dem Verurteilten ausgehende Gefahr für den Bestand der die öffentliche Sicherheit gewährleistenden Rechtsordnung auf andere Weise als durch Sicherungsverwahrung nicht entgegengetreten werden kann. Besteht somit die Möglichkeit, daß die Strafe für sich allein beim Angekl. einen sittlich bessernden Einfluß ausübt, und bieten die äußeren Verhältnisse, die der Angekl. im Falle seiner Entlassung vorfindet, die Aussicht, daß er künftig von einer Wiederholung der Straftaten abgehalten werde, so besteht für die Anordnung der Sicherungsverwahrung kein Raum.

(2. Sen. v. 27. Sept. 1934; 2 D 880/34.) [L.]

Zu 11. Das RG. präzisiert hier noch einmal in knapper Formulierung, was es unter dem Begriff „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher" verstanden wissen will, und wann die öffentliche Sicherheit die Sicherungsverwahrung verlangt. Es schließt sich völlig der grundlegenden Entsch. RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662 sowie der weiteren in JW. 1934, 2057 veröffentlichten Entsch. an, die lediglich noch die Mahnung an den Richter enthält, bei seiner Beurteilung der voraussichtlichen Entwicklung des Täters nicht durch Zaghaftigkeit den Zweck des Gesetzes zu gefährden. Durch die bisherigen Entsch. sind dem Richter bestimmte Richtlinien an die Hand gegeben, welche die Rspr. in dieser wichtigen und einschneidenden Materie in gesicherte Bahnen lenken werden (zu vgl. hierzu insbes. die Anm. von Schafheutle: JW. 1934, 1662, 2057 und die weiter von ihm angeführten Entsch., ferner namentlich die Anm. im Komm. z. d. StrGNov. von Schäfer-Richter-Schafheutle S. 35, 46).

Wenn das RG. von der „bestimmten Wahrscheinlichkeit" einer Gefährdung des Rechtsfriedens spricht, so dürfte hier allerdings eine wenig glückliche Begriffsprägung vorliegen. Was heißt bestimmte Wahrscheinlichkeit? Entweder läßt sich das künftige Verhalten des Täters mit Bestimmtheit berechnen oder nur mit Wahrscheinlichkeit voraussehen. Eine bestimmte Wahrscheinlichkeit ist ebenso contradictio in adiecto wie wahrscheinliche Bestimmtheit. Das RG. will offenbar einen besonders hohen Grad von Wahrscheinlichkeit verlangen und hätte vielleicht besser von einem solchen als von bestimmter Wahrscheinlichkeit gesprochen.

Indem das RG. einen besonders hohen Grad von Wahrscheinlichkeit verlangt, will es den Richter mit Recht zu eingehender Prüfung aller für die Beurteilung des zukünftigen Verhaltens des Täters in Betracht kommenden Momente nötigen, die ja auch im Urt. in einer für das RevG. nachprüfbaren Form darzulegen sind. Der Richter wird diesen Grad von Wahrscheinlichkeit nur bejahen können, wenn er genaue Kenntnis des Charakters des Täters und eingehende Durchforschung seiner Vergangenheit zu den vermutlichen künftigen äußeren Lebensumständen in Beziehung zu setzen weiß. Andererseits wird der Richter sich immer vor Augen zu halten haben, daß er das zukünftige Verhalten des Täters eben immer nur mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehen vermag. Es handelt sich ja hierbei um eine Beurteilung zukünftiger seelischer Abläufe im Innenleben des Täters, die sich exakter Berechenbarkeit entziehen, mag auch bei dem großen Heer der vermindert Zurechnungsfähigen, die durch Erbveranlagung und soziale Umwelt fast immer gleichartigen Lebensschicksalen ausgesetzt sind, die richterliche Prognose einfacher zu stellen sein. Wollte der Richter sich über die vom RG. geforderte Wahrscheinlichkeit hinaus nur dann für befugt halten, einen Täter als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher zu kennzeichnen, wenn er dessen künftiges asoziales Verhalten unter Ausschaltung jeglicher Fehlschlüsse zu berechnen imstande wäre, so würde er in den vom RG. mißbilligten Fehler der Ängstlichkeit verfallen.

Nur wenn die öffentliche Sicherheit die Sicherungsverwahrung des Täters verlangt, ist diese, von den übrigen Voraussetzungen abgesehen, zulässig. Das RG. betont hier noch einmal den Charakter der Sicherungsverwahrung als einer ultima ratio. Kann die öffentliche Sicherheit auf andere Weise geschützt werden, so darf die Sicherungsverwahrung nicht verhängt werden, so insbes., wenn der Täter zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wird, oder wenn er nach Verbüßung der Freiheitsstrafe wegen seines Alters nicht mehr gefährlich ist (Komm. von Schäfer-Richter-Schafheutle S. 46), schließlich wenn die Möglichkeit einer sittlichen Besserung neben günstiger Gestaltung der äußeren Verhältnisse nach der Entlassung vorliegt.

StAR. Dr. Richter, Berlin.

[1]) JW. 1934, 1662.

**12. §§ 263, 266 StGB. a. F. Vermögensbeschädigung als Folge der Erschleichung einer Wechselprolongation. Verpflichtet sich eine GmbH., bei dem Weiterverkauf von unter Eigentumsvorbehalt verkaufter Ware den Erlös als Eigentum des Verkäufers anzuerkennen, zu verwahren und bei Fälligkeit des dafür gegebenen Wechsels an den Verkäufer abzuführen, so sind die mit dem Verkauf der Ware befaßten Geschäftsführer der GmbH. nicht ohne weiteres als Bevollmächtigte des den Eigentumsvorbehalt aussprechenden Verkäufers anzusehen.†)

Der Betrug soll darin liegen, daß der Angekl. und seine Ehefrau bei Fälligkeit des letzten Kaufpreiswechsels M. durch unwahre Angaben über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zur Prolongation des Wechsels bestimmt haben. Es ist aber nicht klargestellt, ob M. durch die Prolongation einen Vermögensschaden erlitten hat. Das LG. sagt zwar, der Angekl. habe M. bestimmen wollen, von einer sofortigen Geltendmachung seiner Wechselforderung — gegebenenfalls durch Sicherstellung des noch vorhandenen Holzes — abzusehen, andererseits Gelegenheit haben, das ihm nicht gehörige Holz zu verkaufen, M. sei insofern geschädigt, als er statt des Holzes oder des ihm zustehenden Geldes einen bis auf weiteres wertlosen Wechsel in den Händen hatte. Dagegen heißt es an anderer Stelle, als Angekl. um Prolongation bat, sei von dem unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Holze nichts mehr vorhanden gewesen, da es vom Angekl. verkauft worden war, ohne daß der Erlös sichergestellt oder an M. abgeführt worden wäre; und aus der Pfandbruchsache geht hinwiederum hervor, daß der Gerichtsvollzieher am 17. Juni 1931, also doch wohl nach Fälligkeit des Prolongationswechsels, bei der GmbH. 50 cbm Knüppelholz für M. pfänden konnte, das offenbar nicht zu dem von M. unter Eigentumsvorbehalt gelieferten gehörte. Ob diese auch schon zur Zeit der Prolongation für M. greifbar gewesen wären, ob sie die Wechselforderung gedeckt hätten, und ob damals schon, wie später, Mietschulden bestanden, wegen deren die Stadtgemeinde als Vermieterin sich an die vorhandenen Warenvorräte hielt, ist aus dem Urt. nicht zu ersehen. Es ist also weder klar erkennbar, ob M. bei Verweigerung der Prolongation zu seinem Gelde gekommen wäre, noch ob durch die Prolongation die Aussicht auf Befriedigung vernichtet oder wesentlich vermindert worden ist, ob also die im Januar 1931 durch die Irreführung veranlaßte Vermögensverfügung (die Prolongation) eine Verschlechterung der Vermögenslage M.s bedeutete oder zur Folge hatte.

Wenn das von M. gelieferte Holz schon vor der Prolongationsverhandlung verkauft und über den Erlös zugunsten der GmbH. verfügt worden war, würde die Untreue, die hierin liegen soll, auch nicht ganz oder zum Teil durch dieselbe Handlung begangen worden sein, durch die nach Ansicht des LG. der Betrug verübt wurde.

Gegen die Verurteilung des Angekl. wegen Untreue bestehen aber in diesem Falle überhaupt rechtliche Bedenken. Das angef. Urt. geht offenbar von folgendem Sachverhalt aus: Die GmbH. hat durch den Angekl. und seine Ehefrau, ihre Geschäftsführer, das Holz von M. zu einem bestimmten Preise fest gekauft, sie war auch befugt, das Holz aus eigenem Rechte weiterzuverkaufen, sie mußte nur bis zum Weiterverkauf den Eigentumsvorbehalt M.s an dem Holze beachten und von dem beim Weiterverkauf erzielten Erlöse einen Betrag, der dem für den betreffenden Posten M. etwa noch geschuldeten Einkaufspreise gleichkam, als dessen Eigentum anerkennen, für M. verwahren und je bei Fälligkeit des nächsten Wechsels an M. abführen. Wenn die GmbH. derart Käuferin des Holzes und Schuldnerin des Kaufpreises war, so waren ihre Geschäftsführer — auch bei den angegebenen Vertragsbedingungen und der ihnen obliegenden Verwahrung fremden Geldes für M. — nicht ohne weiteres dessen Bevollmächtigte i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. a. F., weil sie zu ihm nicht in einem Vertrauensverhältnis standen, durch

---

Zu 12. 1. Der Entsch. ist zuzustimmen, soweit sie vom Betruge handelt. Betrug liegt nicht vor, wenn der Schaden schon vor der Täuschungshandlung entstanden war. Es fehlt dann am ursächlichen Zusammenhang zwischen Schädigung und Irrtumserregung. Auch dann ist kein Betrug anzunehmen, wenn der Getäuschte sich nach der Prolongation des Wechsels hätte befriedigen können. Allerdings ist dann zu prüfen, ob der Schaden nicht schon in der Verspätung der Befriedigung (Verlust von Anlagemöglichkeiten, Zinsverlust u. dgl.) zu erblicken ist.

2. Die Beurteilung des § 266 StGB. in der alten Fassung dürfte heute kein besonders starkes Interesse mehr beanspruchen. Der Standpunkt des RG. entspricht der früheren Rspr., insbes. der Entsch. RGSt. 63, 334, die einen gleichliegenden Fall erörtert. Die Entsch. RGSt. 63, 334 läßt noch deutlicher als das vorstehende Urt. erkennen, wie fein die Grenze zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit gezogen war. Keine Untreue, wenn die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren fest verkauft sind und nur die Bezahlung der Restsumme aus den eingehenden Kaufgeldern erfolgen soll. Dagegen Untreue, wenn der Erwerber zum Verkauf für fremde Rechnung, also zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln im eigenen Namen Dritten gegenüber ermächtigt ist. Die Grenze ist im Einzelfalle schwer zu finden.

Der neue § 266 ermöglicht es, auch diese Fälle zu erfassen. Er setzt keine Vollmacht voraus, sondern die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen. Eine solche Befugnis enthält auch die Ermächtigung, über fremdes Vermögen im eigenen Namen zu verfügen (§ 185 BGB.). Vgl. auch Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht S. 25.

Wir hätten kein Bedenken, den Mißbrauchstatbestand des § 266 hier anzunehmen, wenn nicht die Befugnis der GmbH., nicht aber dem Angekl. persönlich eingeräumt wäre. Denn der Mißbrauchstatbestand setzt eine zivilrechtlich wirksame Befugnis voraus, an der es dem Angekl. fehlt. Wir müssen somit auf den dritten im § 266 enthaltenen Tatbestand, die Verletzung der dem Angekl. „kraft ... eines Treuverhältnisses obliegenden Pflicht" zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zurückgreifen. Man vermißt eine genauere Beschreibung des Sachverhalts, aber es dürfte hier ähnlich liegen wie in den bekannten Fällen, in denen ein Prokurist als tatsächlicher Inhaber und Geschäftsführer seiner Bank zur Kundschaft in Beziehung tritt, oder der Vorstand eines Bankvereins unter gleichen Voraussetzungen tätig wird (RGSt. 62, 15). In der Entsch. RGSt. 63, 251 (254/55) wird der gleiche Gesichtspunkt auf das Verhältnis des Geschäftsführers einer GmbH. zu den Kunden der Gesellschaft übertragen. Insofern erlaubt die Neufassung des § 266 eine Anknüpfung an das bisher geltende Recht. Dieser Fall zeigt aber, daß der neue § 266 den Kreis der als Täter in Betracht kommenden Personen erweitert, nämlich die Strafdrohung über die Bevollmächtigten — auch im Sinne der Treubruchstheorie — hinaus auf alle diejenigen ausdehnt, die befugt sind, über fremdes Vermögen zu verfügen oder fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

3. Abzulehnen ist aber die Stellungnahme des Urt. zur Frage der Unterschlagung. Unterschlagung soll deshalb nicht vorliegen, weil der Angekl. die fremden Vermögensstücke nicht seinem eigenen Vermögen, sondern dem der GmbH. zugeführt, sie also nicht sich zugeeignet habe. Die Entsch. stimmt insoweit mit der jüngeren Rspr. des RG. überein, die unter Preisgabe des früher vom RG. und bis zuletzt von manchen OLG. vertretenen Standpunkts (RGSt. 5, 4; OLG. Karlsruhe: ZStW. 40, 95) dem § 246 in diesen Fällen die Anwendung versagt. Vgl. RGSt. 62, 15; 64, 406; RG.: JW. 1931, 2131[39]; JW. 1933, 2219[16] = RGSt. 67, 266. Siehe dazu die kritische Stellungnahme von Schaffstein: JW. 1931, 2131[39] Anm. und GerS. 103, 314 ff.

Gerade die vorstehende Entsch. ist geeignet, die Unrichtigkeit dieses Standpunktes zu zeigen. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, daß weder Untreue noch Unterschlagung anzunehmen sei, der Angekl. also nicht bestraft werden könne. Andererseits ist kein Zweifel daran, daß der Angekl. rechtswidrig über fremdes Vermögen verfügt hat und nach gesunder Volksanschauung Strafe verdient. Ein höchst unerfreuliches Ergebnis, das nur mit Rücksicht auf zwingende Gründe hingenommen werden könnte.

Nach einer stichhaltigen Begründung aber sucht man vergeblich. Allerdings setzt der Wortlaut des § 246 voraus, daß der Täter die Sache „sich" zueignet. Die Berufung auf diese Wendung zur Stützung des vom RG. vertretenen Standpunkts wäre aber allzu positivistisch. Mit dem Wortlaut des Gesetzes wäre auch die gegenteilige Auffassung in Einklang zu bringen, wonach auch derjenige Unterschlagung begeht, der fremde Vermögensstücke einem Dritten zukommen läßt. Die Entstehungsgeschichte — das hat Wachenfeld: ZStW. 40, 324 ff. deutlich gezeigt — spricht sogar deutlich gegen die Auffassung des RG. Der Gesetzgeber hat die Wendung „sich zueignen" nicht im Sinne von „sich selbst zueignen" gemeint, und ging davon aus, daß es überhaupt unmöglich sei, Sachen einem anderen zuzueignen.

Aber auch wenn man etwas tiefer geht und den Zueignungsbegriff näher beleuchtet, sucht man vergeblich nach einer Stütze für den unbilligen Standpunkt des RG. Dabei spielt der Gegensatz von Substanz- und Sachwerttheorie keine Rolle. Denn nichts steht der Annahme entgegen, daß, wer fremde Sachen einem andern überträgt,

das sie zu seiner rechtsgeschäftlichen Vertretung gegenüber Dritten ermächtigt gewesen wären (vgl. RGSt. 63, 334).

Untreue nach § 95 Nr. 2 BörsG. scheidet schon deshalb aus, weil die als Geschäftsführer der GmbH. handelnden Angekl. nicht Kaufleute waren (RGSt. 63, 251).

Mit den namens der GmbH. und für diese von ihren Geschäftsführern getroffenen Verfügungen über fremde Sachen eignen die Geschäftsführer regelmäßig sie auch nicht sich zu; sie können dann nicht wegen Unterschlagung verurteilt werden (RGSt. 67, 266[1]). Daß hier einer der in letzterem Urt. angedeuteten Ausnahmefälle vorgelegen hätte, ist den bisherigen Feststellungen nicht zu entnehmen.

(2. Sen. v. 20. Sept. 1934; 2 D 1392/33.) [W.]

13. §§ 267, 270 StGB. schlagen nicht ein, wenn eine Frau sich in einem Mietvertrag dem Vermieter gegenüber nur deshalb einen falschen Namen beilegt, um die Tatsache zu verdecken, daß sie als Ledige mit dem Mieter zusammenlebt.†)

Wer sich bei der Unterschrift eines Vertrages unbefugt eines fremden Namens bedient, macht sich nach der ständigen Rspr. des RG. einer Urkundenfälschung nur dann schuldig, wenn er durch die Unterschrift den Anschein erwecken will, daß sie von einer anderen Person herrührt (RGSt. 5, 259; 30, 43; 37, 196; 48, 342; 52, 12). Dies trifft hier nicht zu. Maria F. unterschrieb den Mietvertrag lediglich deshalb mit dem ihr nicht zukommenden Namen „Frau Marker", um durch die Art der Unterschrift die Tatsache zu verdecken, daß sie als ledige Frauensperson mit dem verwitweten Angekl. zusammenlebte. Dagegen lag ihr die Absicht fern, den Anschein zu erwecken, als habe eine von ihr verschiedene Frau Marker unterschrieben. Der Mietvertrag ist somit keine falsche und verfälschte Urkunde i. S. des § 267 StGB. Auch der Angekl. Marker wollte, als er den Mietvertrag dem G. überbrachte, diesem nicht unwahrerweise vorspiegeln, daß der Vertrag von einer anderen Person als der mit ihm zusammenlebenden F. unterschrieben sei. Die Voraussetzungen der §§ 270, 267 StGB. sind somit nicht gegeben.

(FerSen. v. 10. Sept. 1934; 3 D 867/34.) [W.]

14. § 244 StPO. Wenn auch in der Regel das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts darüber entscheidet, ob eine Augenscheinseinnahme an Ort und Stelle als Beweismittel erforderlich ist, oder ob andere Beweismittel ausreichen, so bedeutet es doch eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses, wenn die Augenscheinseinnahme zum Beweise für die Unwahrheit der Aussage eines Zeugen über irgendwelche örtlichen Verhältnisse beantragt war und der Ablehnungsgrund aus dem bekämpften Zeugnis selbst entnommen wird (RGUrt. v. 15. April 1932, 1 D 383/32: JW. 1932, 3626 und die dort angef. Entsch.).

(4. Sen. v. 16. Okt. 1934; 4 D 1024/34.) [Hn.]

****15.** §§ 246a, 80a StPO. Die zwingend vorgeschriebene Vernehmung des Sachverständigen über den körperlichen und geistigen Zustand des zu Entmannenden setzt die Untersuchung des Täters durch den Sachverständigen unerläßlich voraus. Die Untersuchung muß — wenn auch nicht ausschließlich — unter dem Gesichtspunkt der zu erwartenden Entmannung ausgeführt sein und sich auf die geistige und körperliche Beschaffenheit des Untersuchten gerade im Hinblick auf die Entmannung erstrecken.

Der BeschwF. beschränkt sich in der Revisionsbegründung auf die Erklärung, er lehne den in der Hauptverhandlung vernommenen Sachverständigen ab, da dieser ihn nicht ordnungsmäßig untersucht habe und nicht in der Lage gewesen sei, die vom Vorsitzenden an ihn gerichteten Fragen richtig zu beantworten. Das Ablehnungsgesuch kann in der RevInst. nicht berücksichtigt werden, da Einwendungen gegen die persönliche und sachliche Eignung des Sachverständigen, weil sie sich gegen die Zulässigkeit des Beweismittels richten, als Anträge zur Beweisaufnahme in der Verhandlung vor der StrK. vorzubringen waren (RGSt. 58, 301). Ausweislich der Verhandlungsniederschrift hat der Angekl. in der Hauptverhandlung kein Ablehnungsgesuch vorgebracht. Darin lag ein zulässiger Verzicht auf die Geltendmachung von Ablehnungsgründen (RG. Rspr. 7, 501 [502]).

Soweit der BeschwF. behauptet, daß der Sachverständige ihn nicht ordnungsmäßig untersucht habe, will er damit ersichtlich einen Verstoß gegen § 246a StPO. rügen. Die Zulässigkeit einer derartigen Verfahrensrüge hat der erk. Sen.

---

sich selbst zum Herren der Sachsubstanz macht und sich gleichzeitig den Wert der Sache zuführt. Denn daß der Täter die Sache (ihre Substanz oder ihren Wert) nicht dauernd für sich behalten muß, wird von niemand bestritten. Somit spricht nichts gegen die hier vertretene weitere Auffassung, sondern alles dafür. Vom Standpunkt der jüngeren Rspr. bleiben alle diejenigen straflos, die für ihren Verband, ihre Gesellschaft usw. tätig werden, wenn sie sich an fremdem Vermögen vergreifen, vorausgesetzt, daß sie sich keinen unmittelbaren Vorteil verschaffen. Zu dieser Einschränkung der Strafbarkeit besteht aber kein hinreichender Anlaß. Es wäre zu wünschen, daß das RG. seinen Standpunkt in dieser Frage möglichst bald einer Nachprüfung unterzieht. Im gleichen Sinne wie hier etwa Frank § 242, VII, 2 a β; Olshausen § 242 N. 29; Schaffstein a. a. O.

Aber selbst wenn man den Standpunkt des RG. einmal zugrunde legt, müßte man hier doch wohl zu einem anderen Ergebnis gelangen als das vorstehende Urteil. Die bisher angestellten Erwägungen betrafen den Fall, daß jemand zum Nutzen eines andern, also materiell für einen andern tätig war. Eine Unterschlagung muß aber zum mindesten dann angenommen werden, wenn jemand zwar formell im Namen eines andern, in Wahrheit aber zum eigenen Vorteil gehandelt hat. Das wird selbst in der jüngeren Rspr. des RG. anerkannt. So nimmt das RG.: JW. 1931, 2131[39] Unterschlagung an in einem Falle, in dem der Geschäftsführer einer AktG., der zugleich deren Hauptaktionär ist, seiner Gesellschaft Vorteile verschafft. Das gleiche nimmt RGSt. 67, 266 = JW. 1933, 2219[16] dann an, wenn der Geschäftsführer einer „Verwandten-GmbH." allein interessiert und verfügungsberechtigt ist (vgl. schon RGSt. 34, 374 [376]). Es wäre verhängnisvoll, wenn die vorstehende Entsch. den Rückzug auch auf dieser Linie antreten wollte. Diese Befürchtung liegt nahe. Denn es hat doch den Anschein, daß der Angekl. und seine Frau alleinige Geschäftsführer der GmbH. waren, daß also der wirtschaftliche Nutzen dem Angekl. und seiner Frau zufiel. Zum mindesten hätte es nahegelegen, diese Frage näher zu erörtern und genauer zu zeigen, warum hier keiner der in der Entsch. RGSt. 67, 266 genannten „Ausnahmefälle" vorlag. Damit entsteht die Gefahr, daß das RG. sich auf die bedenkliche Ebene einer formal-zivilrechtlichen und volksfremden Betrachtungsweise begibt; einer Denkweise, die zu den hoffnungsvollen Ansätzen einer wirtschaftlichen und materiellen Betrachtung auf den Gebieten der Untreue, des Betruges und bei der Beurteilung des Zueignungsbegriffs selbst (Sachwerttheorie) in auffälligem Widerspruch steht.

Prof. Dr. Dahm, Kiel.

[1]) JW. 1933, 2219.

Zu 13. Das RG. hat darin, daß eine Unverheiratete sich als Ehefrau H. mit dem Zusatz geb. X. bezeichnete, eine Urkundenfälschung gesehen (LZ. 1917, 881). Zu dem gleichen Ergebnis gelangte es in RGSt. 30, 43. Bei beiden Entsch. wird es darauf abgestellt, ob die falsche Namensunterschrift lediglich zu dem Zwecke abgegeben wurde, um eine Täuschung über den Personenstand hervorzurufen, oder ob eine weitergehende, auf vermögensrechtlichem Gebiete liegende Täuschung beabsichtigt war. In der oben abgedr. Entsch. hat demgemäß auch das RG., da lediglich eine Verdeckung der Tatsache des Nichtverheiratetseins vorlag, eine Anwendung des § 267 StGB. abgelehnt. Diese Entsch. erscheint bedenklich. Sie deckt sich zwar mit den von der Rechtslehre übernommenen Grundsätzen, die das RG. in seiner ständigen Rspr. aufgestellt hat, wonach § 267 StGB. nicht zur Anwendung komme, wenn kein Zweifel über die Identität der Unterschreibenden mit der in der Unterschrift bezeichneten Person entstehen könnte. Es muß aber betont werden, daß bei einer bewußten Täuschung über den Personenstand sich in der Regel, vor allem hier, wo ein Mietvertrag mit falschem Namen unterschrieben wurde, auch vermögensrechtliche Differenzen ergeben können, die zweifellos, mindestens als dolus eventualis, auch in den Willen des Täters aufgenommen worden sind. Auch ist das Kriterium, wonach eine Urkundenfälschung nicht anzunehmen sei, wenn aus Gründen moralischer Natur eine Urkunde mit falschem Namen unterschrieben worden ist, nicht zu vereinen mit dem Grundsatz, daß es eine rechtlich, sittlich oder moralisch verschiedene Beurteilung nicht geben sollte. Die Entsch. dürfte auch den Gedanken der Wahrheitspflicht, der in der neueren Gesetzgebung mit Recht wieder besonders zur Grundlage des Gemeinschaftslebens gemacht worden ist, nicht genügend berücksichtigen.

GerAss. Dr. Schramm, Berlin.

im Urt. v. 11. Juni 1934 (RGSt. 68, 198[1]) erörtert und bejaht. Wie in derselben Entsch. ausführlich dargelegt ist, darf die Sollvorschrift des § 246a Satz 2 StPO. nicht so verstanden werden, daß von einer ärztlichen Untersuchung des Angekl. unter Umständen nach dem Ermessen des Arztes oder Gerichts abgesehen werden dürfe. Vielmehr entspricht es dem Wesen der Sache und dem erkennbar zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers, die zwingend vorgeschriebene Vernehmung des Arztes über den körperlichen und geistigen Zustand des Täters und die Untersuchung durch den Arzt als zusammengehörig zu behandeln; beide sind untrennbar in dem Sinne, daß die erste ohne die letzte unmöglich erscheint, jedenfalls nicht dem gesetzgeberischen Zweck genügen kann, dem Gericht einen zutreffenden und erschöpfenden Überblick über die Gründe zu gewähren, die im gegebenen Fall für und gegen die schwerwiegende Maßnahme der Entmannung sprechen.

Die Verfahrensrüge ist auch begründet. Der Sachverständige hat auf eine dahingehende Anfrage der örtlichen StA. amtlich erklärt, zu einer körperlichen Untersuchung des Angekl. — anläßlich der Hauptverhandlung — habe für ihn kein Anlaß bestanden, da er den Verurteilten nach seiner Einlieferung am 9. Dez. 1930 körperlich genau untersucht, das Ergebnis im Krankenblatt aufgezeichnet und bei der Ausfragung des Angekl. zur Hand gehabt habe, außerdem den Verurteilten und seinen körperlichen Zustand aus einer ärztlichen Betreuung und mehrfacher ärztlicher Behandlung in der Zeit vom 9. Dez. 1930 bis März 1934 gekannt habe. Nach dieser Äußerung ist dem Sinne des Gesetzes nicht genügt. In der Regel wird es zwar dem verständigen Ermessen des Sachverständigen überlassen bleiben müssen und können, welcher Unterlagen er zur Erstattung seines Gutachtens bedarf; diese allgemeine Regel gilt aber für die hier in Rede stehende Begutachtung nicht, wie schon in dem eingangs erwähnten Urteil dargelegt ist.

Nicht jede Untersuchung vermag den Erfordernissen des § 246a StPO., wie sie sich aus dem bereits erwähnten Sinn und Zweck dieser Best. ergeben, zu genügen. Es liegt in der Natur der Sache und bedarf daher keiner näheren Begr., daß ein Arzt, der sich auf Grund einer Untersuchung des Angekl. über bestimmte Fragen gutachtlich äußern soll, schon die Untersuchung im Hinblick auf diese Fragen vorgenommen haben muß, weil nur dann die Gewähr sich bietet, daß er sein Augenmerk auf alle für die zu begutachtenden Fragen wichtigen Punkte gerichtet hat. Bezieht sich das zu erstattende Gutachten auf Wirkung und Folgen der Entmannung, so muß bereits die vorangehende Untersuchung, wenn sie auch nicht ausschließlich zu diesem Zweck vorgenommen zu sein braucht, jedenfalls auch unter dem Gesichtspunkt der zu erwartenden Entmannung ausgeführt sein und sich auf die geistige und körperliche Beschaffenheit des Untersuchten gerade in denjenigen Beziehungen erstreckt haben, welche für die hierbei zu beurteilenden Fragen ausschlaggebend sind. Diesen Voraussetzungen kann die von dem Sachverständigen im Jahre 1930 ausgeführte Untersuchung nicht entsprochen haben, weil damals die Sicherungsmaßnahme der Entmannung noch keinen Eingang in die deutsche Gesetzgebung gefunden hatte. Der Wortlaut des § 246a StPO. steht hiermit im Einklang. Sein zweiter Satz, wonach dem Sachverständigen dann, wenn er den Angekl. nicht schon früher untersucht hat, hierzu vor der Hauptverhandlung Gelegenheit gegeben werden soll, ist nur unter Berücksichtigung des § 80a richtig zu verstehen. Hiernach ist die Rechtslage folgende. Erforderlich sind Untersuchung und Begutachtung stets, und zwar eine Untersuchung, die der Sachverständige unter dem Gesichtspunkt vornimmt, daß mit der Entmannung zu rechnen sei. Die Strafverfolgungsbehörde soll dem Sachverständigen hierzu schon im Vorverfahren Gelegenheit geben (§ 80a). Ist das ausnahmsweise nicht geschehen, so soll ihm diese Gelegenheit, um die Durchführung der Hauptverhandlung nicht aufzuhalten, nach Beendigung des Vorverfahrens, aber vor der Hauptverhandlung, geboten werden.

(3. Sen. v. 4. Okt. 1934; 3 D 841/34.) [L.]

[1]) JW. 1934, 2415[13].

Reichserbhofgericht

I. § 2 RErbhofG.; §§ 11, 26 der 1. DurchfVO.; § 22 RFGG.

1. Ist der Antrag gestellt, über die Erbhofeigenschaft eines Besitztums zu entscheiden, so darf sich das Anerbengericht nicht darauf beschränken, nur über ein Begriffsmerkmal derselben, die Ackernahrung, Feststellung zu treffen, ohne die sonstigen Voraussetzungen eines Erbhofs in rechtlicher und persönlicher Richtung zu prüfen, widrigenfalls das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet.

2. Das RErbhofG. kann an das Anerbengericht zurückverweisen, wenn schon bei ihm der die Zurückverweisung verursachende Verfahrensverstoß unterlaufen ist und der Fehler im Verfahren vor dem ErbhGer. nicht geheilt wurde. § 26 der 1. DurchfVO. steht einer solchen Zurückverweisung nicht entgegen.

Der Landwirt Wilhelm K. in M. ist Alleineigentümer von Grundstücken mit einer Gesamtfläche von 4,8481 ha, die im Grundbuch von M. Bd. 4 Blatt 121 eingetragen sind. Seine Ehefrau ist Alleineigentümerin von Grundstücken in der Größe von 0,4714 ha, eingetragen im Grundbuch von M. Bd. 11 Blatt 406. Ferner gehören den beiden Eheleuten gemeinschaftlich Grundstücke mit einer Gesamtfläche von 4,5067 ha, eingetragen in den Grundbüchern von M. Bd. 4 Blatt 122 und von H. Bd. 19 Blatt 726.

Am 11. Jan. 1934 bat K. das AnerbG. in H., zu entscheiden, daß dieser Grundbesitz kein Erbhof sei. Das AnerbG. beschloß jedoch im Verhandlungstermin v. 19. Jan. 1934, daß das Grundeigentum eine „Ackernahrung i. S. des RErbhofG. bilde". Der in Gegenwart des Antragstellers verkündete Beschl. wurde dem Kreisbauernführer am 27. und dem Antragsteller am 29. Jan. 1934 zugestellt. Wenige Tage nach dem Termin v. 19. Jan. kam der Antragsteller K. zum Vorsitzenden des AnerbG. und klagte darüber, daß seine Familie mit dem „Erbhof" nicht bestehen könne. Der Vorsitzende des AnerbG. entwarf ihm daraufhin den Antrag v. 22. Jan. 1934. Darin beantragten die Eheleute K., ihnen zu gestatten, den Erbhof unter ihren drei Kindern aufzuteilen und sich die Hofstelle mit etwa sechs Morgen Land vorzubehalten. Der Antrag ging am 23. Jan. 1934 beim AnerbG. ein. In dem vom AnerbG. zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termin v. 20. April 1934 bat K., den Antrag vom 22. Jan. 1934 als Beschw. gegen den Beschl. des AnerbG. vom 19. Jan. 1934 zu betrachten und nur insoweit zu entscheiden. Das AnerbG. beschloß daraufhin, die Entsch. über den Antrag auf Freiteilung auszusetzen und die Akten dem LErbhGer. zur Entsch. zu übersenden. Diesen Beschl. führte das AnerbG. aus. In dem Übersendungsschreiben v. 21. April 1934 an das LErbhGer. brachte der Vorsitzende des AnerbG. nach einer Darstellung seiner Verhandlungen mit K. unter anderem zum Ausdruck, daß er es nach der Sachlage und der Eigenart des K. für geboten erachte, den Antrag v. 22. Jan. 1934 als Beschw. gegen den Beschl. v. 19. Jan. 1934 zu betrachten.

Mit Beschl. v. 25. April 1934 verwarf das LErbhGer. die Beschwerde der Eheleute K. als unzulässig. Der Antrag der BeschwF. v. 22. Jan. 1934, so führte es aus, erfülle das Erfordernis einer Beschwerdeschrift nicht; denn es komme darin nicht zum Ausdruck, daß die BeschwF. eine Entsch. anfechten wollen, sie hätten sich im Gegenteil auf den Boden des Beschl. gestellt. Der Beschl. wurde den BeschwF. zu Händen ihres Bevollmächtigten, des RA. Dr. D., zugestellt. Der Bevollmächtigte legte hierauf sofortige weitere Beschw. ein. Zur Begr. führte er aus: Das ErbhGer. habe die Persönlichkeit des BeschwF. K. bei der Beurteilung der Eingabe v. 22. Jan. 1934 nicht genügend berücksichtigt und sich zu sehr an den Wortlaut der Eingabe gehalten. K. sei schwer von Begriff, er höre auch schlecht, und es sei schwer, sich mit ihm zu verständigen. Er habe sich in der Tat beschweren wollen. In Wahrheit handle es sich übrigens nicht um einen Erbhof, da der Grundbesitz zu einem großen Teil nicht mehr von der Hofstelle aus bewirtschaftet werde.

Die sofortige weitere Beschw. hatte Erfolg.

Das LErbhGer. ist damit, daß es die Beschw. der Eheleute K. als unzulässig verworfen hat, der Sachlage nicht gerecht geworden. Allerdings haben die Eheleute K. in der Eingabe v. 22. Jan. 1934 nicht zum Ausdruck gebracht, daß sie den Beschl. v. 19. Jan. 1934 anfechten wollen. Diesen Willen haben sie vielmehr erst deutlich erklärt, als K. in der Verhandlung v. 20. April 1934 zu Protokoll gab, er bäte, den Antrag v. 22. Jan. 1934 als Beschw. gegen den Beschl. v. 19. Jan. 1934 zu betrachten. Bei der rechtlichen Würdigung dieser Erklärung muß aber berücksichtigt werden, wie der Antrag v. 22. Jan. 1934 zustande gekommen ist. K. hat zu einem Zeitpunkt, als die Frist zur Beschw. gegen den Beschl. v. 19. Jan. 1934 noch lief, dem Vorsitzenden des AnerbG. erklärt, daß seine Familie mit dem „Erbhof" nicht bestehen könne, und daß sie deshalb teilen müßten. Es kam also den Eheleuten K. darauf an, ihren Grundbesitz zu teilen und dazu die rechtliche Hilfe des AnerbG. zu erhalten. Daß sie dieses Ziel rechtlich auf zwei verschiedenen Wegen erreichen

konnten, nämlich entweder durch Anfechtung des Beschl., durch den das AnerbG. ihren Grundbesitz als Ackernahrung i. S. des RErbhofG. erklärt hatte, oder durch einen Antrag an das AnerbG., die Teilung zu genehmigen, diese Erkenntnis kann bei dem BeschwF. K. nicht vorausgesetzt werden. K. brauchte sich darüber auch um so weniger Rechenschaft abzulegen, als ihm der Vorsitzende des AnerbG. zu Hilfe kam und den an das AnerbG. zu richtenden Antrag entwarf. Die Eheleute K. können daher auf den rechtlichen Gehalt des Antrags v. 22. Jan. nicht festgelegt werden, denn für sie war der Antrag nichts anderes als das ihnen von berufener Seite an die Hand gegebene Mittel, die Möglichkeit der Teilung ihres Grundbesitzes zu erlangen. Unter diesen Umständen muß darauf Rücksicht genommen werden, daß die Eheleute K. nachträglich den Beschwerdeweg als zweckmäßig erkannt haben, und daß auch der Vorsitzende des AnerbG. nach Lage der Sache und nach den mit dem Antragsteller geführten Verhandlungen es für geboten erachtet hat, die Eingabe vom 22. Jan. als Beschw. gegen den Beschl. v. 19. Jan. gelten zu lassen. Das Recht gebietet diese Rücksichtnahme unter dem Gesichtspunkt der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, deren Voraussetzungen hier hinsichtlich der Versäumung der Beschwerdefrist vorliegen. Die Eheleute K. haben innerhalb der Beschwerdefrist ihr Anliegen bei dem AnerbG. vorgebracht. Sie sind durch den Vorsitzenden des AnerbG. auf den Weg der Eingabe v. 22. Jan. verwiesen und dadurch ohne ihr Verschulden gehindert worden, rechtzeitig Beschw. einzulegen. Die Erklärung im Termin v. 20. April 1934 ist daher als Antrag auf Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Beschwerdefrist anzusehen. Dieser Antrag ist rechtzeitig gestellt, denn die Antragsteller erhielten offenbar erst in dem Termin Klarheit über die Rechtslage. In dem Schriftsatz des RA. Dr. D. v. 21. April 1934 ist die Beschw. rechtzeitig nachgeholt.

Hiernach hätte die Entsch. des AnerbG. durch das LErbhGer. sachlich nachgeprüft werden sollen. Sie kann nicht aufrechterhalten werden. Es war der Antrag gestellt, über die Erbhofeigenschaft des Besitztums zu entscheiden. Das AnerbG. hat sich darauf beschränkt, nur ein Begriffsmerkmal des Erbhofs, die Ackernahrung, herauszugreifen und in seinem Erkenntnis festzustellen. Es hatte jedoch von Amts wegen die sämtlichen Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft in gegenständlicher und persönlicher Hinsicht klarzustellen und demgemäß im einzelnen zu würdigen, nicht nur, ob das Besitztum nach seiner Größe den Erfordernissen genügt, sondern auch, ob eine Hofstelle vorhanden ist, von der aus die Nutzung erfolgt, und ob diese Nutzung nicht durch die tatsächliche Teilung ausgeschlossen war, ferner ob die Eigentumsverhältnisse dem Gesetze entsprechen, und ob Bauernfähigkeit der Eigentümer gegeben ist (§§ 1, 2, 7, 11 ff., 17 RErbhofG.; § 62 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; § 5 der 2. DurchfVO. z. RErbhofG.). Da die Sache schon von dem AnerbG. unzureichend behandelt worden ist, erachtet der Sen. die Zurückverweisung an das AnerbG. für geboten. Der Zurückweisung an den ersten Richter steht die Vorschr. des § 26 der 1. DurchfVO. nicht entgegen.

(RErbhGer., Beschl. v. 23. Juli 1934, 2 RB 126/34.)

*

2. § 12 Abs. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; § 7 der 3. DurchfVO. z. RErbhofG.

1. § 12 Abs. 2 der 1. DurchfVO. ist nicht zwingender Natur; es liegt im Ermessen des Gerichts, ob es den Beteiligten in jedem Falle zu dem Ergebnis einzelner Ermittlungen hören will.

2. Wenn die Entsch. des AnerbG. und des ErbhGer. in ihrem erkennenden Teile übereinstimmen, so ist ein neuer Beschwerdegrund i. S. des § 49 Abs. 4 Satz 1 RErbhofG. nicht schon deshalb gegeben, weil sich die Begr. der Entsch. nicht völlig decken. Mängel des Verfahrens im zweiten Rechtszug können jedoch einen neuen selbständigen Beschwerdegrund bilden.

Der Landwirt Joseph W. in R. ist Alleineigentümer des Anwesens Haus Nr. 21 in R., zu dem Grundstücke mit einer Gesamtfläche von 7,529 ha gehören. Da er sich mit — inzwischen auch verwirklichten — Verkaufsabsichten trug, stellte sein Sohn und nächster Anerbe Christian W., Gütler in U., an das AnerbG. W. den Antrag, über die Erbhofeigenschaft des Besitztums zu entscheiden. Das AnerbG. wies den Antrag, das Anwesen als Erbhof zu erklären, zurück, womit es, wie die Gründe ersehen lassen, feststellen wollte, daß ein Erbhof mangels Ackernahrung nicht gegeben sei. Christian W. focht diesen Beschluß mit sofortiger Beschw. an, indem er sich gegen die Annahme wandte, daß ein Teil von 2,787 ha vom Grundbesitz als Wald und Filzen (Moor) außer Betracht zu bleiben habe, denn es handle sich dabei jetzt um gerodete und kultivierte Wiesen. Das ErbhGer. pflog hierüber Erhebungen beim örtlichen Gemeinderat und durch die Gendarmerie und hörte den Kreisbauernführer. Mit Beschl. v. 21. April 1934 wies es das Rechtsmittel als unbegründet zurück, indem es auf Grund der Erhebungen annahm, daß das gerodete Waldgrundstück und die Filzen nur ein minderwertiges und unsicheres Erträgnis abwürfen, so daß die Ablehnung der Ackernahrung im Ergebnis gerechtfertigt sei.

Gegen diesen Beschluß wendet sich die weitere Beschw. Es wird die vom ErbhGer. getroffene, einen neuen Beschwerdegrund bildende Feststellung bestritten, daß die 2,787 ha Wiesen nicht ertragsfähig genug seien, um zusammen mit dem übrigen Besitz die Erbhofeigenschaft zu begründen. Es handle sich bei der gerodeten Fläche um keine Filze, sondern um Wiesen auf normalem Lehmboden, und auch bei den übrigen Wiesen nicht um eigentliches Moorland, sondern lediglich um solchem Lande benachbarte Grundstücke. Auf die Ackernahrung lasse schon die derzeitige Viehhaltung schließen, die bis zu neun Stück Großvieh gesteigert werden könne. Der Eigentümer habe sich mit den Erträgnissen des Anwesens seit dem einige Jahre vor dem Kriege liegenden Erwerb gut durchgebracht.

Das Rechtsmittel ist form- und fristgemäß eingelegt. Zu seiner Zulässigkeit ist nach § 49 Abs. 4 Satz 1 RErbhofG. indessen weiter erforderlich, daß der Beschluß des ErbhGer. gegenüber der vorausgegangenen Entsch. einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält. Dazu ist, wenn die Entsch. in ihrem erkennenden Teile übereinstimmen, nicht notwendig, daß sie sich auch in der Begr. völlig decken. Es ist deshalb als neuer Beschwerdegrund im vorl. Falle nicht anzuerkennen, daß das ErbhGer. bei der Prüfung der Ackernahrung neue Erhebungen verwertet hat und auf ihrer Grundlage davon ausgegangen ist, daß es sich bei den 2,787 ha nicht um Wald und Moor, sondern um Wiesen von geringem Erträgnis handelt. Bedenken könnten allerdings aus dem Gesichtspunkte erhoben werden, daß das ErbhGer. das Ergebnis der neuen Erhebungen dem BeschwF. nicht zugänglich gemacht hat; denn Mängel des Verfahrens im zweiten Rechtszug können einen neuen Beschwerdegrund bilden. Allein die Vorschrift des § 12 Abs. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG., derzufolge den Beteiligten vor der Entsch. Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, ist i. d. Fass. nach § 7 der 3. DurchfVO. z. RErbhofG. nicht zwingender Natur. Sie ist auch nicht in dem Sinne zu verstehen, daß in jedem Falle der Beteiligte zu dem einzelnen Ergebnis der Ermittlungen stets zu hören ist, bevor es gegen ihn verwertet wird. Vielmehr ist dem Ermessen des Gerichts ein Spielraum gelassen. Der Antragsteller hat auch im zweiten Rechtszug seinen Standpunkt nicht nur in der Beschw., sondern auch in einem weiteren Schriftsatz vertreten. Nach Lage des Falles konnte sich das ErbhGer. damit begnügen. Die jetzt in der weiteren Beschw. gegen die Beweiswürdigung gerichteten Angriffe vermögen die Feststellung, daß eine ausreichende Ackernahrung fehlt, nicht zu erschüttern und hätten auch bei Würdigung durch das ErbhGer. den Ausgang des zweiten Rechtszugs nicht beeinflußt.

Hiernach erweist sich mangels Vorliegens der Voraussetzung des § 49 Abs. 4 Satz 1 RErbhofG. die weitere Beschw. als unzulässig.

(RErbhGer., 2. Sen., Beschl. v. 23. Juli 1934, 2 RB 143/34.)

Erbhofgerichte

Bamberg

1. § 37 Abs. 2 RErbhofG. Die Vorschrift des § 37 Abs. 2 RErbhofG. hat als wichtige Gründe für die Veräußerung nur wirtschaftliche Notwendigkeiten im Auge. Die Stiftung eines „Jahrestages" ist deshalb kein wichtiger Grund.

Die BeschwF., Besitzer eines Erbhofes in K., haben mit Urkunde des Notariats B. einen Acker zu 0,184 ha an die Kath. Kirchenstiftung K. unentgeltlich zur Stiftung eines Jahrtags aufgelassen.

Das AnerbG. hat die Genehmigung versagt, da derartige Grundstücksüberlassungen mit dem Zweck und Sinn des RErbhofG. nicht vereinbar seien.

Die Beschw. ist richtig und rechtzeitig eingelegt, aber nicht begründet.

Ein wichtiger Grund zur Veräußerung i. S. des § 37 Abs. 2 RErbhofG. liegt nicht vor. Diese Best. hat nur Gründe im Auge, die einer wirtschaftlichen Notwendigkeit entsprechen.

Die Beschw. war demnach unbegründet.

(ErbhGer. b. OLG. Bamberg, Beschl. v. 29. Aug. 1934, BeschwReg. Nr. 211/34.) [S.]

*

Celle

2. §§ 40, 56 RErbhofG. Das AnerbG. ist nicht berechtigt, auch nicht auf Grund des § 56 RErbhofG., einen vor dem 1. Okt. 1933 festgesetzten Nießbrauch in ein Altenteilsrecht für den Nießbraucher umzuwandeln. Die Rechtsbeziehungen zwischen Nießbraucher und Eigentümer sind im BGB. erschöpfend und ausreichend geregelt.

Die Ehefrau R. hat durch Vertrag vom 23. Juni 1926 ihren Erbhof ihrer Tochter, der Ehefrau des Landwirts P., übertragen und für sich und ihren Ehemann einen lebenslänglichen Nießbrauch an dem Hofe vorbehalten. Sie ist inzwischen verstorben. Zwischen ihrem Ehemann und den Eheleuten P. kam es zu Streitigkeiten, in deren Verlauf R. die Eheleute P. auf Räumung der

Wohnung verklagte und am 2. März 1934 ein Urt. auf Räumung erwirkte.

Nunmehr stellte der Kreisbauernführer beim AnerbG. den Antrag, R. den Nießbrauch zu entziehen und einen Altenteil für ihn festzustellen, mit der Begr., R. handele nicht i. S. des RErbhofG.; er stehe in dem Rufe, einen nicht einwandfreien Lebenswandel zu führen, und es sei ihm anscheinend gleich, was aus dem Hof und der Familie der Tochter werde, wenn er nur leben könne.

In dem angefochtenen Beschluß hat das AnerbG. festgestellt, daß R. nicht bauernfähig sei, und infolgedessen den durch Vertrag vom 23. Juni 1926 festgesetzten Nießbrauch aufgehoben und an dessen Stelle einen näher bezeichneten Altenteil festgesetzt. In der Begr. hat es ausgeführt, durch das Verhalten des R. werde der Zweck des RErbhofG., einen gesunden Bauernstand auf eigener Scholle zu erhalten und diese Scholle der Familie bis in fernste Zeiten zu erhalten, auf das äußerste gefährdet. Er selbst sei kein Landwirt, er sei außerdem alt und gebrechlich und stark dem Alkohol zugetan. Er wolle auch nicht selbst wirtschaften, sondern sich einen Knecht halten, so daß die Gefahr entstehe, daß der Hof immer mehr herunterkomme und schließlich der Familie verloren gehe. Das AnerbG. habe daher von der Auslegungsregel des § 56 RErbhofG. Gebrauch gemacht und den Nießbrauch des R. aufgehoben, um dadurch den Hof der Familie zu erhalten; aus Billigkeitsgründen sei R. aber ein angemessener Altenteil zuerkannt worden.

Gegen diesen Beschluß hat R. rechtzeitig sofortige Beschw. eingelegt mit der Begr., daß der § 56 RErbhofG. dem AnerbG. keine Handhabe für die getroffene Entsch. biete.

Die Beschw. ist begründet.

Eine Entsch. des AnerbG. über die Bauernfähigkeit des R. konnte hier nicht ergehen, da sie einen besonderen Antrag voraussetzt (§ 18 RErbhofG.) und ein solcher hier nicht vorliegt. Deswegen braucht hier auf die Frage nicht mehr eingegangen zu werden, ob der Nießbraucher an einem Erbhofe überhaupt bauernfähig sein muß, um den Nießbrauch ausüben zu können, und ob aus der Feststellung mangelnder Bauernfähigkeit Folgerungen in Bezug auf seine Rechte aus den Best. im RErbhofG. gezogen werden können.

Im übrigen hat das AnerbG. die Best. des § 56 RErbhofG. verkannt. Diese Best. gibt dem Gericht nur in den Fällen, in denen eine Entsch. nach dem RErbhofG. zu treffen ist, eine Handhabe, eine solche Entsch. nach dem Zwecke des Gesetzes zu treffen, auch wenn sich aus den vorhandenen besonderen Best. des Gesetzes eine Entsch. nicht ohne weiteres entnehmen läßt. Dagegen hat die Best. nicht den Sinn, irgendeine in dem RErbhofG. nicht berührte Materie unter die Entsch. des AnerbG. zu bringen.

Nun ist in dem RErbhofG. über die Ausübung eines Nießbrauchs an einem Erbhof keine Regelung getroffen. Dagegen ist eine solche, insbes. auch für die Fälle eines Nießbrauches des Nießbrauchers, in den Vorschr. des BGB. über den Nießbrauch enthalten. So bestimmt § 1051 BGB., daß der Eigentümer Sicherheitsleistung verlangen kann, wenn das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet; und § 1052, daß der Eigentümer nach rechtskräftiger Verurteilung des Nießbrauchers zur Sicherheitsleistung statt der Sicherheitsleistung verlangen kann, daß die Ausübung des Nießbrauches für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gericht zu bestellenden Verwalter übertragen wird, und daß insbes. der Eigentümer selbst zum Verwalter bestellt werden kann. Ferner bestimmt § 1054, daß der Eigentümer die Bestellung eines Verwalters sofort verlangen kann, wenn der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße verletzt und das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fortsetzt. Durch diese Vorschr. ist das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher für den Fall von Unstimmigkeiten genügend geregelt, so daß besondere Best. im RErbhofG. nicht erforderlich waren und auch keine Veranlassung besteht, durch Auslegung des RErbhofG. eine weitere Regelung zu treffen.

Nach den Vorschr. des RErbhofG. kommt aber eine Zuständigkeit des AnerbG. nur für die Entsch. über die ihm ausdrücklich durch dieses Gesetz zugewiesenen Fragen in Betracht. Da aber, wie erwähnt, irgendeine Vorschr. über die Ausübung des Nießbrauchs im RErbhofG. überhaupt nicht enthalten ist, ist eine Zuständigkeit des AnerbG. im vorl. Falle nicht gegeben.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 6. Sept. 1934, 3 EH 1486/34.) [—n.]

*

3. §§ 11, 34 ff. der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; § 20 RFGG. Hat ein Eigentümer gegen die Nichtaufnahme seines Hofes in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe Einspruch eingelegt, so steht ihm, auch wenn das AnerbG. seinem Einspruch stattgibt, das Beschwerderecht gegen den anerbengerichtlichen Beschluß zu. †)

Der Landwirt Br. ist Eigentümer eines Hofes. Dieser hat eine Größe von 17,47,40 ha. Er ist in das gerichtliche Verzeichnis der Höfe, deren Eintragung in die Erbhöferolle in Aussicht genommen worden ist, nicht aufgenommen worden, da er auch im Gemeindeverzeichnis nicht aufgeführt war.

Hiergegen hat der Eigentümer Einspruch eingelegt. Das AnerbG. hat darauf durch Beschl. v. 19. April 1934 festgestellt, daß der Hof Erbhof sei. Nunmehr trägt der Landwirt Br. mit der Beschw. vor, daß der Hof eine selbständige Ackernahrung für eine mittlere Bauernfamilie nicht gewährleiste. Die zu ihm gehörenden Grundstücke lägen in bergiger Gegend weit ab von der Hofesstelle, so daß eine Bewirtschaftung äußerst erschwert sei. Er habe in Kultur nur etwa 32 Morgen Land. Der Boden sei schlecht. Das übrige Land sei Holzung, die keinerlei Erträge bringe. Seine Familie könne er nur dadurch erhalten, daß er nebenher eine Gastwirtschaft betreibe, wie es seine Vorgänger ebenfalls schon getan hätten.

Die Beschw. ist zulässig. Das Beschwerdeverfahren richtet sich gem. § 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. nach den Vorschr. des RGes. über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach § 20 RFGG. steht die Beschw. jedem zu, dessen Recht durch die Entsch. beeinträchtigt ist. Zur Prüfung der Frage, ob eine derartige Beeinträchtigung vorliegt, sind die Behauptungen der Beschw. zugrunde zu legen. Unterstellt man demnach als richtig, daß der Hof keine selbständige Ackernahrung darstellt, so wäre er kein Erbhof. Die Rechte des BeschwF. werden also durch die angef. Entsch. beeinträchtigt, so daß insofern keine Bedenken gegen die Beschwerdeberechtigung des Eigentümers Br. bestehen.

Diese können auch nicht aus der Tatsache hergeleitet werden, daß der Antragsteller selbst gegen die Nichtaufnahme seines Erbhofs in das gerichtliche Verzeichnis Einspruch eingelegt und sich ursprünglich auf den Standpunkt gestellt hat, daß sein Hof Erbhof sei. Wenn danach auch in formeller Beziehung der Antragsteller nicht beschwert ist, so wird dies, wenn überhaupt, so doch nach einhelliger Ansicht in Schrifttum und Rspr. jedenfalls nicht in einem Verfahren erfordert,

---

Zu 3. Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Sie bejaht die materielle Beeinträchtigung und damit die Beschwerdebefugnis des Eigentümers mit der Begr., daß für diese Frage „die Behauptungen der Beschw. zugrunde zu legen" seien. Die Frage, inwieweit dieser Grundsatz zutrifft, ist nicht einfach zu beantworten.

Legt z. B. eine Bruderstochter Beschw. dagegen ein, daß ein Schwestersohn zum Anerben bestimmt wird, mit der „Behauptung", sie gehöre in die 3. Ordnung und gehe daher dem Schwestersohn vor, so kann diese ihre „Behauptung" nicht zugrunde gelegt werden. Die Beschw. ist als unzulässig zu verwerfen, weil die BeschwF. nicht zur 3. Ordnung gehört, also „nicht übergangen" ist.

Die hiernach naheliegende Einschränkung auf die „tatsächlichen Behauptungen" des BeschwF. ist auch nicht möglich. Wenn das AnerbG. die Genehmigung der Veräußerung und Belastung auf Grund eines inhaltlich feststehenden Überlassungsvertrages ablehnt mit der Begr., die Tragbarkeitsgrenze liege bei dem halben Einheitswert und sei überschritten, der Eigentümer hiergegen Beschw. einlegt mit der Begr., als Tragbarkeitsgrenze sei die Mündelsicherheitsgrenze anzusehen, so ist für die Frage der Beschwerdeberechtigung von der Richtigkeit dieser letzteren Auffassung auszugehen, obwohl es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt. Legt das BeschwG. ebenfalls den halben Einheitswert zugrunde, so muß es die Beschw. als unbegründet zurückweisen, nicht als unzulässig verwerfen.

Ich glaube deshalb, daß man zunächst untersuchen muß, inwieweit ein Punkt der rechtlichen oder tatsächlichen Behauptungen für die Sachentscheidung selbst Bedeutung hat. Alle Behauptungen, die für die Entsch. in der Sache selbst geprüft werden müssen, sind bei der Sachprüfung, nicht schon bei der Frage der Zulässigkeit der Beschw. zu untersuchen. Diese Behauptungen sind deshalb für die Frage der Beschwerdeberechtigung sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht als richtig zu unterstellen. Was dagegen nicht zur sachlichen Prüfung und Entsch. gehört, das ist schon bei der Frage der Beschwerdeberechtigung selbst zu prüfen.

Bei den Feststellungsentscheidungen über Erbhofeigenschaft (§ 10 RErbhofG.) und den Entsch. im Anlegungsverfahren gehören zur Sachprüfung sowohl die tatsächlichen Feststellungen über Größe, Ertragsfähigkeit, Verpachtung, Ehrbarkeit, Wirtschaftsfähigkeit usw., wie die daraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen. Bei ihnen sind also sowohl die tatsächlichen wie die Rechtsmeinungen des BeschwF. für die Frage der Beschwerdeberechtigung als richtig zu unterstellen. Diese Entsch. haben auch die Besonderheit, daß sie, mögen sie den Erbhof bejahen oder verneinen, die Rechtsstellung des Eigentümers stets nach mehreren, und zwar entgegengesetzten Seiten hin beeinflussen. Sie gewähren (oder nehmen) ihm einerseits die Vorteile des Vollstreckungsschutzes und einer etwaigen Entschuldung. Sie binden (oder befreien) ihn hinsichtlich der letztwilligen Vfg. und der Veräußerung und Belastung unter Lebenden. Sowohl die bejahende wie die verneinende Entsch. kann daher der Eigentümer als beeinträchtigend empfinden. Der Eigentümer wird deshalb materiell durch jede denkbare Entscheidung beeinträchtigt.

II. Die weitere Frage, ob neben der materiellen Beschwer eine

das von Amts wegen zu betreiben ist (vgl. Schlegelberger, Komm. z. RFGG., § 20 Note 6); und um ein solches Verfahren handelt es sich hier. Es ist gemäß § 35 i. Verb. m. § 34 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. die Pflicht des Vorsitzenden des AnerbG., die Grundstücke, deren Eintragung in die Erbhöferolle in Betracht kommt, von Amts wegen festzustellen. Durch den Einspruch gegen die Aufnahme oder Nichtaufnahme eines Erbhofes in das gerichtliche Verzeichnis wird diese Pflicht nicht berührt. Auch nach Erhebung des Einspruchs hat der Vorsitzende des AnerbG. die Pflicht, von Amts wegen festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Eintragung des Hofes in die Erbhöferolle vorliegen oder nicht. Der Zweck des Einspruchsverfahrens ist nicht die Herbeiführung einer Entsch. auf einen Antrag, ohne den eine Entsch. nicht ergehen könnte, sondern die Einflußnahme auf eine im öffentlichen Interesse liegende, dem Gericht ohne Rücksicht auf den Antrag eines Beteiligten obliegende Entschließung über die Frage der Erbhofeigenschaft des Besitztums. Der Einspruch kann also nur als eine Anregung oder als ein Rechtsbehelf in einem von Amts wegen einzuleitenden und durchzuführenden Verfahren gewertet werden.

In der Sache selbst mußte die Beschw. Erfolg haben. (Das wird näher ausgeführt.)

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 21. Sept. 1934, 3 EH 784/34.) [—n.]

*

formelle erforderlich ist, verneint die Entsch. im Anschluß an Schlegelberger. Diese Ansicht ist für das eigentliche Verfahren der FGG. nicht unbestritten (vgl. Schlegelberger, Komm. z. FGG. § 20 Anm. 6). Für das Erbhofverfahren ist sie sicher zutreffend.

Vielleicht ist die in der Entsch. gegebene Begr. nicht ganz überzeugend, weil sie sich auf das Einspruchsverfahren beschränkt und sich auf die Besonderheiten gerade dieses Verfahrens stützt. Der Vorsitzende habe, so wird ausgeführt, auch nach Erhebung des Einspruchs die Pflicht, von Amts wegen festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Eintragung des Hofes in die Erbhöferolle vorlägen oder nicht. Diesen Satz wird man einschränken müssen. Ist Einspruch gegen die Aufnahme oder Nichtaufnahme in das gerichtliche Verzeichnis eingelegt oder gegen den Ergänzungs- oder Berichtigungsbeschluß (§§ 46, 47 der 1. DurchfVO.), so ist die Tätigkeit des Vorsitzenden in bezug auf den vom Einspruch betroffenen Grundbesitz beendet. Er kann m. E. nicht nach Erlaß der Einspruchsentscheidung seine etwa abweichende Auffassung unter Berufung auf seine Amtsprüfungspflicht als Vorsitzender durch eigenmächtige Veränderung der Erbhöferolle zur Geltung bringen. §§ 46, 47 der 1. DurchfVO. ergeben nichts anderes. § 47 hat, wie sein Abs. 2 beweist, nur den Zweck, Grundstücke, über deren Eintragung noch nicht entschieden ist, oder bei denen sich die Verhältnisse verändert haben, nachträglich in die Höferolle aufzunehmen. Eine Befugnis des Vorsitzenden zur Löschung aufgenommener Höfe besteht nach § 47 nicht. § 46 betrifft ein besonderes Verfahren, das nur alle zehn Jahre stattfindet, eine Rev. der gesamten Höferolle zum Zwecke hat und etwa dem Anlegungsverfahren selbst zu vergleichen ist. Im übrigen gilt § 28 der 1. DurchfVO. Hiernach aber kann der Vorsitzende m. E. in der Zwischenzeit nur entweder auf Grund inzwischen ergangener Entsch., insbes. nach § 10 RErbhofG. oder auf Grund veränderter Verhältnisse, die Erbhöferolle ändern. Im übrigen wird man ihm diese Befugnis nur geben können, soweit nicht bereits ergangene Entsch. entgegenstehen.

Es bedarf aber auch dieser Spezialbegründung aus den Besonderheiten des Einspruchsverfahrens nicht. Denn es handelt sich hier um einen Grundsatz, der für das Erbhofverfahren allgemeinere Geltung hat. Entscheidend ist m. E. nicht (worauf die Begr. u. a. abstellt), wie das Verfahren eingeleitet wird (auf Antrag oder von Amts wegen), sondern wie es betrieben wird. Das Anlegungs-, Ergänzungs- und Berichtigungsverfahren des Vorsitzenden wird von Amts wegen eingeleitet, alle anderen Verfahren vor dem vollbesetzten AnerbG. auf Antrag[1]). Für beide Arten von Verfahren gilt aber der Grundsatz der Amtsprüfung: „Die Anerbenbehörde ist von weiteren Sachanträgen der Beteiligten nicht abhängig, der Prozeßstoff untersteht nicht der Parteiverfügung."[2]) Alle Anträge im Erbhofverfahren (und dazu gehören im weiteren Sinne auch Rechtsbehelfe und Rechtsmittel, Einspruch und Beschw.) haben deshalb verfahrensrechtlich nur den einzigen Zweck und die einzige Bedeutung, das Verfahren in Gang — oder wenn es im Gange ist, vor eine bestimmte Instanz — zu bringen. Insoweit sind sie nötig und bilden sie die Grundlage des Verfahrens, das endet, sobald sie zurückgenommen werden. Innerhalb des einmal in Gang gebrachten Verfahrens sind aber die sachlichen Ansichten und Wünsche der Beteiligten darüber, wie die Entsch. ausfallen müßte, auf Inhalt und Umfang der Entsch. auch dann ohne Einfluß, wenn sie in die Form eines bestimmten Sachantrages gekleidet werden[3]). Ob also z. B. im Verfahren nach § 10 RErbhofG. der Antragsteller nur erklärt, er beantrage, über die Erbhofeigenschaft zu entscheiden (Verfahrensantrag), oder ob er hinzufügt, er beantrage, sie zu verneinen oder zu bejahen (Sachantrag), das ist für die Entsch. selbst nicht von Bedeutung; es ist nur Material für die Amtsprüfung.

Der Einspruch ist nun innerhalb des Anlegungsverfahrens das, was der Antrag nach § 10 innerhalb des Feststellungsverfahrens ist; d. h. er ist derjenige „Verfahrensantrag", der die Prüfung (dem Vorsitzenden entzieht und) dem vollbesetzten AnerbG. überträgt. Er ist als solcher notwendige Verfahrensgrundlage. Eine Entsch. des vollbesetzten AnerbG. ohne vorhergehenden Einspruch müßte wegen Verfahrensverstoßes aufgehoben werden. Ebenso findet das Verfahren vor dem AnerbG. oder den höheren Instanzen in dem Augenblick sein Ende, wo der Einspruch zurückgenommen wird. Eine weitere Bedeutung hat der Einspruch nicht. Daß er mit dem sachlichen Ziele eingelegt wird, das Grundstück in die Erbhöferolle eintragen oder nicht eintragen zu lassen, ist für das Verfahren ohne bestimmende Wirkung.

Entsprechendes gilt für die Beschw. Auch sie ist nur „Verfahrensantrag", d. h. sie hat die Wirkung, die Sache (im Umfange der Anfechtung) aus dem ersten Rechtszuge vor das BeschwG. zu bringen. Das sachliche Ziel der Beschwerdeeinlegung, die Aufnahme oder Nichtaufnahme des Hofes in das Verzeichnis, die Bejahung oder Verneinung der Erbhofeigenschaft im Feststellungsverfahren, ist für die Entsch. des BeschwG. nicht bindend.

Ist man sich über diese grundlegenden Unterschiede des Erbhofverfahrens gegenüber z. B. dem gewöhnlichen Zivilprozesse klar (§ 536 ZPO., dagegen für Ehesachen Baumbach, Übersicht 4 vor § 606 ZPO.), so macht die Begr. des in der Entsch. enthaltenen Grundsatzes keinerlei Schwierigkeiten. Der Einspruch ist die Erklärung des Einsprechenden: „Ich bringe die Sache zur Nachprüfung vor das vollbesetzte AnerbG."; die Beschw., die Erklärung des BeschwF.: „Ich bringe die Sache vor das BeschwG." Einspruch und Beschw. können daher mit ihrem wesentlichen und das Verfahren allein bestimmenden Inhalte niemals in Gegensatz treten. Die Tatsache, daß mit der Beschw. im einzelnen sachlich das entgegengesetzte Ziel verfolgt wird wie mit dem Einspruch, ist unerheblich, weil es auf die „Sachanträge" für das Erbhofverfahren nicht ankommt. Der Einsprechende oder BeschwF. braucht seine Meinung darüber, ob ein Erbhof gegeben ist oder nicht, überhaupt nicht zu äußern, und wenn er sie geäußert hat, kann er sie ändern. Das Gericht prüft sachlich von Amts wegen ohne Rücksicht auf seine Einlassungen.

Diese grundsätzlichen Betrachtungen haben über den entschiedenen Fall hinaus ihre Bedeutung; so ist z. B. bereits zugelassen, daß der Einsprechende sofortige Beschw. gegen die die Nichtaufnahme anordnende Entsch. einlegt, lediglich, um in der BeschwInst. diesen Einspruch zurückzunehmen. Die Entsch. des AnerbG. ist dann, weil ihr die Verfahrensgrundlage entzogen ist, aufzuheben, und es bleibt bei der Nichteintragung des Hofes in das gerichtliche Verzeichnis, gegen die Einspruch eingelegt war. Der Vorsitzende kann das nicht hindern; der Kreisbauernführer ist aber in der Lage, durch einen Antrag gemäß § 10 RErbhofG. die Sache erneut zur Erörterung zu bringen (LErbhGer. Celle 2 (7), EH 2117/34, Beschl. v. 26. Okt. 1934).

ErbhGerR. Dr. Bergmann, Celle.

[1]) Bergmann, Erbhofverfahren § 7. München 1934, Lehmanns Verlag.

[2]) Erbhofverfahren § 12.

[3]) Erbhofverfahren § 9.

Karlsruhe

4. § 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. i. Verb. m. § 20 RFGG. Zur Frage der Beschwerdeberechtigung in Erbhofsachen. †)

Franz Karl Sch. ist Eigentümer eines Erbhofs in B. Er hat vier Töchter und drei Söhne. Drei Töchter sind verheiratet, die anderen Kinder sind ledig, der Sohn Otto ist minderjährig. In notarieller Urk. v. 18. April 1934 haben die drei Söhne, jeder für sich, dem Vater ein Vertragsangebot für die Übernahme des Erbhofs gemacht. Die Gedinge für den abzuschließenden Übergabevertrag sind in dem Übernahmeangebot im einzelnen niedergelegt. Es ist den Eltern ein Leibgeding, Abwartung und Pflege, den Geschwistern ein Wohnungsrecht für die Dauer des ledigen Standes, eine Aussteuer, soweit eine solche nicht schon gegeben ist, und ein bares Abfindungsgeld von 1000 *RM* zugesagt. Das Vertragsangebot eines jeden Sohnes ist bis zum Tode des längstlebenden Elternteils oder bis zur Annahme des Angebots eines seiner Brüder unwiderruflich. Dem Übergeber ist freigestellt, wann er das Angebot eines seiner Söhne annehmen will. Er hat seine Ehefrau zur Erklärung der Annahme bevollmächtigt. Die beiden Söhne, deren Angebot nicht angenommen wird, haben unter bestimmten Beschränkungen auf ihr Anerbenrecht zugunsten des Sohnes, dessen Angebot ange-

Zu 4. Der Entsch. des ErbhGer. ist beizutreten; das vom AnerbG. eingeschlagene Verfahren jedoch erscheint bedenklich.

1. Das AnerbG., dem ein Antrag auf Genehmigung eines dem Bauern von seinen drei Söhnen für die künftige Übernahme des Erbhofs gemachten Vertragsangebots vorlag, hat genehmigt, daß der künftige Anerbe die einzelnen im Vertragsangebot niedergelegten und näher bezeichneten Gedinge übernehme.

Es ist anzunehmen, daß das AnerbG. nicht die ihm

nommen wird, verzichtet. Die Vertragsparteien haben die Genehmigung des AnerbG. zur Annahme des Vertragsangebots durch den Bauer beantragt.

Das AnerbG. O. hat am 18. Juni 1934 entschieden: „Es wird die Genehmigung erteilt, daß der künftige Anerbe des Franz Karl Sch. in B. die in der notariellen Urk. v. 18. April 1934 niedergelegten Verpflichtungen, die monatliche Rente an die Eltern jedoch nur in Höhe von monatlich 20 *RM* übernimmt, falls einer der drei Söhne des Genannten, Karl, Josef oder Otto Sch. Anerbe wird." Das AnerbG. hat seine Genehmigungsverfügung den Eltern und den sämtlichen Kindern sowie dem Kreisbauernführer zugestellt. Die vier Töchter und die beiden volljährigen Söhne haben gegen die Entsch. des AnerbG. „Einspruch" eingelegt; sie haben die Erhöhung des vom Übernehmer seinen Geschwistern zu leistenden Abfindungsgeldes von 1000 *RM* auf 1700 *RM* für jedes der Geschwister beantragt. Der zur Vertretung des minderjährigen Sohnes beim Vertragsangebot bestellte Pfleger hat gleichfalls die Höhe des Abfindungsgeldes beanstandet und ein solches in Höhe von 2000 *RM* für tragbar gefunden.

Nach § 11 der 1. DurchfVO. zum RErbhofG. i. Verb. m. § 20 FGG. steht die Beschw. jedem zu, dessen Recht durch den Beschluß des AnerbG. beeinträchtigt ist. Diese Voraussetzung trifft aber bei den Töchtern des Bauern nicht zu, denn ihre etwaigen weitergehenden gesetzlichen Ansprüche auf Abfindung können durch einen Übergabevertrag, bei dem sie nicht als Vertragspartei zustimmend mitgewirkt haben, nicht geschmälert werden. Sie sind durch den Vertrag nicht gehindert, etwaige, die vertraglichen Ansprüche übersteigende gesetzliche Ansprüche aus § 30 RErbhofG. zu gegebener Zeit geltend zu machen. Bei Streitigkeiten über diese Ansprüche entscheidet das AnerbG. nach § 32 RErbhofG. endgültig. Die Töchter haben sonach kein Beschwerderecht; sie sind nicht beschwert (vgl. Vogels, RErbhofG., 3. Aufl., § 37 RErbhofG. Anm. 3 a; Wöhrmann, RErbhofG., 2. Aufl., § 37 Anm. 5 f). Das Gleiche gilt aber auch für die Söhne. Sie haben sich vertraglich aus freien Stücken mit den im Vertragsangebot ausbedungenen Leistungen einverstanden erklärt, sie sind vertraglich daran gebunden. Das AnerbG. hat ihrem Antrag auf Genehmigung entsprochen. Sie sind nicht beschwert. Es kann nicht Aufgabe der Anerbenbehörden sein, zu einer stärkeren Belastung des Erbhofs, als notwendig, durch Versagung der Genehmigung der vereinbarten Vertragsgedinge mitzuwirken. Was die Beschw. des Pflegers betrifft, so muß auch seine Vertretungsbefugnis für die Beschw. in Zweifel gezogen werden. Er ist wohl nicht zur Einlegung einer Beschw. vom VormGer. bestellt.

Das ErbhGer. hat wohl erhebliche Bedenken gehabt, ob die Erteilung der Genehmigung z. Z. zweckmäßig gewesen ist. Es liegt bis jetzt noch keine Veräußerungsverpflichtung des Erbhofbesitzers, sondern nur ein Erwerbsangebot der Anerben vor. Ob die für die Veräußerung vorgesehenen Verpflichtungen des künftigen Bauern nach den Verhältnissen des Hofs in dem in der Zukunft liegenden

---

im Zusammenhang mit dem Genehmigungsantrag unterbreiteten schuldrechtlichen Abmachungen als solche, sondern eine Veräußerung (Übergabe) des Erbhofs genehmigen wollte, die künftig auf Grund einer dem Vertragsangebot der Söhne inhaltlich entsprechenden Übergabevereinbarung zum Abschluß gebracht werden würde. Die Wendung des Beschl. v. 18. Juni 1934, wonach die Genehmigung erteilt wird, „falls einer der drei Söhne ... Anerbe wird", läßt allerdings noch Zweifel offen:

Sollte das AnerbG. der Auffassung gewesen sein, daß die Veräußerung (Übergabe) an einen bestimmten der drei Söhne nach § 37 Abs. 3 RErbhofG. noch einer weiteren Genehmigung bedürfe, so hätte es die einheitliche Genehmigungsentsch. aufgespalten, wofür keinerlei Veranlassung vorlag. Es ginge nicht an, in einer ersten Prüfung etwa den Schwerpunkt auf die dem Hof bei der Übernahme erwachsenden Lasten zu legen, die künftige Übergabe also vorerst nur nach „objektiven" Merkmalen zu billigen, die Person und Eignung des Übernehmers aber zunächst im Dunkel zu lassen und erst in einer späteren Genehmigung nach der subjektiven Seite hin Klarheit zu schaffen (vgl. zu dieser Frage ErbhGer. Braunschweig, Beschl. v. 14. April 1934: ErbhRspr. § 37 a Nr. 9).

Sollte der Beschluß dahin zu verstehen sein, daß das AnerbG. an sich die Übergabe an jeden einzelnen der drei Söhne genehmige und es lediglich der Wahl des Übergebers überlasse, welchem der Söhne er den Erbhof übertragen wolle, so entfiele dieses letztgenannte Bedenken; es ist freilich sehr zweifelhaft, ob das GBA. bei der bedingten Fassung des Beschlusses die Genehmigung nach § 37 Abs. 3 RErbhofG. als erteilt ansehen und den durch den endgültigen Übergabevertrag als Übernehmer Ausgewiesenen als Eigentümer des Erbhofs eintragen könnte und würde.

2. Die Genehmigung ist aber auch zu beanstanden, wenn von den vorerwähnten Bedenken abgesehen wird:

Genehmigt wird das dingliche, das Veräußerungsgeschäft (§ 37 Abs. 2, 3 RErbhofG.), das schuldrechtliche Grundgeschäft bedarf der Genehmigung nicht (RG., Beschl. v. 27. Juni 1934: ErbhRspr. § 37 d Nr. 5). Mit Recht aber hebt das RErbhGer. in seinem Beschl. v. 23. Juli 1934 (JW. 1934, 2697 ff.) hervor, daß die Genehmigung dem dinglichen Geschäft als der „Erfüllung eines inhaltlich bestimmten Verpflichtungsgeschäfts" erteilt werde; dieser enge Zusammenhang mit dem Grundgeschäft rechtfertige es, die Genehmigung schon vor Abschluß des Erfüllungsgeschäftes auszusprechen, wenn nur das Verpflichtungsgeschäft selbst bereits genau feststehe (ähnlich das LErbhGer. Celle, Beschl. v. 8. Juni 1934: ErbhRspr. § 37 a Nr. 19, und das ErbhGer. Dresden, Beschl. v. 23. Mai 1934: ErbhRspr. § 15 der 2. DurchfVO. Nr. 5).

Diesem Erfordernis ist im vorl. Falle nicht genügt. Wie das ErbhGer. in der BeschwEntsch. ausführt, „liegt bis jetzt noch keine Veräußerungsverpflichtung des Erbhofbesitzers vor ...".

Das LErbhGer. Celle läßt es in einem Beschl. v. 3. Mai 1934 (ErbhRspr. § 15 der 2. DurchfVO. Nr. 3) noch „dahingestellt ..., ob der Erwerber ein Antragsrecht hat, wenn überhaupt noch keine bindende Vereinbarung vorliegt ...".

Selbst wenn der Genehmigungsantrag aber im Zeitpunkt einer nur einseitigen schuldrechtlichen Bindung (— es liegt beispielsweise nur ein Vertragsangebot vor —) oder gar im Zeitpunkt lediglich unverbindlicher Vorverhandlungen nicht schlechthin unzulässig sein sollte, so müßte die Genehmigung unter solchen Umständen doch mindestens auf ganz besondere Ausnahmefälle beschränkt bleiben.

Im vorl. Falle sind hierfür keine Anzeichen vorhanden.

Die Tatsache, daß die Veräußerung selbst in ungewisser Ferne lag, hätte das AnerbG. veranlassen sollen, den Genehmigungsantrag als verfrüht zurückzuweisen; denn die Entsch., ob der Hof die Lasten des Übergabevertrags zu tragen vermag, kann in der Regel nicht Jahre vor der Übergabe beurteilt werden.

3. Die Frage der Beschwerdeberechtigung ist vom ErbhGer. zutreffend gewürdigt worden.

Die Zulässigkeit der Beschwerde im Verfahren bei den Anerbenbehörden ist von mehreren Voraussetzungen abhängig:

Es muß sich um eine an sich beschwerdefähige Entscheidung handeln; dies ist bei den den Rechtszug abschließenden Entsch. der AnerbG. in der Regel der Fall (§ 48 Abs. 1 Satz 1 RErbhofG.; vgl. Vogels, RErbhofG., 3. Aufl., § 48 Anm. 1).

Die Beschw. muß form- und fristgerecht eingelegt sein (§ 48 Abs. 1 Satz 2 RErbhofG., § 11 der 1. DurchfVO. i. Verb. m. § 21 FGG.).

Der BeschwF. muß endlich zur Einlegung des Rechtsmittels berechtigt sein; diese Befugnis ist entweder ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen (z. B. für den Kreisbauernführer in den §§ 48 Abs. 2, 49 Abs. 2 RErbhofG.; § 64 Abs. 2, 3 der 1. DurchfVO.; §§ 6 Abs. 4, 7 der 2. DurchfVO.) oder ergibt sich daraus, daß der BeschwF. durch die Verfügung der ersten Instanz in seinem „Recht ... beeinträchtigt ist" (§ 46 Abs. 1 RErbhofG., § 11 der 1. DurchfVO. i. Verb. m. § 20 Abs. 1 FGG.), wobei die Einschränkung des Beschwerderechts gem. § 20 Abs. 2 FGG. für das reine Antragsverfahren noch besonderer Hervorhebung bedarf.

Im vorl. Falle führt die Zulässigkeitsprüfung zu einem negativen Ergebnis. Sie ist nach denselben Grundsätzen anzustellen, wie sie für den Fall der Genehmigung eines endgültigen Übergabevertrags gelten.

Hiernach ist die Beschwerdebefugnis der Töchter mit Recht verneint worden. Sie waren an der genehmigten Vereinbarung nicht beteiligt. Die für sie im künftigen Übergabevertrag in Aussicht genommenen Leistungen lassen ihre gesetzlichen Ansprüche aus § 30 RErbhofG. unberührt. Dadurch, daß ihnen durch den künftigen Übergabevertrag neben den gesetzlichen Ansprüchen nach Maßgabe der Genehmigung auch vertragliche Ansprüche gegen den Übernehmer auf Leistungen aus dem Hofe erwachsen werden (§§ 328 Abs. 1, 330 Satz 2 BGB.), sind sie bei Erteilung der Genehmigung gem. § 37 Abs. 3 RErbhofG. nicht beschwert, sondern begünstigt.

Eine Beschwerdeberechtigung der Geschwister des Übernehmers kommt in erster Linie dann in Frage, wenn in einem Übergabevertrag die zu ihren Gunsten bedungenen Leistungen nicht oder nicht in vollem Umfang die Billigung des AnerbG. finden; dabei ist es gleichgültig, ob jene selbst zum Übergabevertrag zugezogen waren oder nur nach den Grundsätzen über Verträge zugunsten Dritter bestimmte Ansprüche (vorbehaltlich der Genehmigung der Anerbenbehörden) erworben haben (s. hierzu Vogels, Deutsche Justiz, 1934, S. 1237 f., Ziff. III 2).

Die Beschw. der weichenden Söhne war gleichfalls unzulässig; auch sie sind durch die Erteilung der Ge-

Zeitpunkt der Veräußerung angemessen sind, läßt sich mit einiger Zuverlässigkeit erst in jenem Zeitpunkt der wirklichen Übergabe beurteilen. Diese Übergabe kann möglicherweise erst nach einer langen Reihe von Jahren stattfinden. Doch diese Erwägungen haben auf die Entsch. des ErbhGer. keinen bestimmenden Einfluß haben können, da bei Verneinung der Beschwerdebefugnis der BeschwF. die sachliche Berechtigung der angefochtenen Entsch. nicht nachzuprüfen gewesen ist.

Mangels eines Rechts der BeschwF. zur Beschw. ist diese als unzulässig zu verwerfen gewesen.

(ErbhGer. b. OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 10. Aug. 1934, EB 29/34.) [S.]

*

Nürnberg

5. § 2 RErbhofG. Bei Entscheidung der Frage, ob ein Grundbesitz eine Ackernahrung darstellt, kommt den vorhandenen Schulden insofern eine Bedeutung zu, als aus ihrer Höhe ein Schluß darauf gezogen werden kann, inwieweit der Besitz bisher eine Bauernfamilie unabhängig vom Markt und der Wirtschaftslage unter Sicherung des Wirtschaftsablaufs zu ernähren und zu bekleiden imstande war. †)

Das Anwesen Hs.-Nr. 12 in T. steht im Alleineigentum des Wilhelm R. daselbst. R. lebt in kinderloser Ehe. Er bewirtschaftet das Anwesen mit seiner Frau und zwei Dienstboten und betreibt nebenbei einen kleinen Kunstdüngerhandel mit einem Jahresertrag von 100 *RM*. Der Einheitswert des Anwesens beträgt 6500 *RM*, die dingliche Belastung 2000 *RM*; außerdem sind 1000 *RM* persönliche Schulden vorhanden. Auf dem Hofe werden 6 Stück Rindvieh und 5 Schweine gehalten, er ist 10,703 ha groß und besteht teils aus Äckern, teils aus Wiesen, teils aus Wald, Weide und Ödung. Das Anwesen wurde auf Grund seiner Größe in das Verzeichnis der Erbhöfe aufgenommen. Auf Einspruch des R. hat indes das AnerbG. mit Beschl. v. 19. April 1934 die Erbhofeigenschaft verneint. Der Kreisbauernführer hat gegen den Beschluß sofortige Beschw. eingelegt, die jedoch ohne Erfolg blieb. Die vorhandene Anbaufläche übersteigt allerdings das Normalmindestmaß des § 34 Abs. 1 der 1. DurchfBO. um 3,203 ha. Allein davon sind 2,350 ha minderwertiger Wald. Auch die übrige landwirtschaftlich genutzte Fläche ist nach den Erhebungen z. T. direkt schlecht, z. T. nur mittelmäßig. Nur wegen des geringen Ertrages der Wiesen kann der Besitzer den vorhandenen Stallplatz nicht voll ausnützen und nur 6 Stück Vieh halten. Trotz Fleiß und guter Wirtschaft mußte er zur Aufrechterhaltung des Wirtschaftsablaufes des Hofes bei nur 6500 *RM* Einheitswert 3000 *RM* Schulden machen. Der nebenbei betriebene Kunstdüngerhandel trägt im Jahr ganze 100 *RM* ein. Wenn der Besitzer ihn trotzdem weiterführt, so ist dies ein Beweis dafür, daß er auch auf dieses geringe Einkommen angewiesen ist, um seine Familie durchzubringen. Es erscheint glaubhaft, daß der Eigentümer auf dem Hofe nur bestehen kann, weil er zufälligerweise kinderlos ist. Eine Familie von normaler Kopfzahl könnte auch nach der Überzeugung des ErbhGer. auf dem Hofe keine Ackernahrung finden.

(ErbhGer. b. OLG. Nürnberg, Beschl. v. 24. Aug. 1934, BeschwReg. Nr. 426/34.) [S.]

*

6. § 37 Abs. 2 RErbhofG. Die notwendige Wiederbeschaffung eingegangenen Viehs kann ein wichtiger Grund für die Genehmigung der Belastung eines Erbhofes sein. †)

Die Eheleute Wolfgang und Barbara K. in U. sind Eigentümer des Erbhofes Hs. Nr. 3 daselbst in allgemeiner Gütergemeinschaft. Das Anwesen hat einen Einheitswert von 9700 *RM* und ist mit 3000 *RM* belastet. Es hat eine Größe von 20,255 ha. Darunter 45 Tagwerk Feld und Wiesen und 15 Tagwerk Wald. Auf demselben werden zur Zeit 1 Pferd und 13 Stück Rindvieh gehalten. Die Familie besteht aus den Eltern und sechs Kindern im Alter von 3—24 Jahren. Der Inhaber gilt als fleißig, sparsam und als tüchtiger Wirtschafter. K. hat in letzter Zeit Unglück im Stall gehabt und sieben Stück Vieh und ein Pferd im Werte von 750 *RM* verloren. Zur Wiederbeschaffung des Viehes benötigte er 1000 *RM*. Er hat nun der Bank in M. gegen ein Darlehn von 1000 *RM* eine Grundschuld ohne Brief in dieser Höhe an zweiter Rangstelle bewilligt. Das AnerbG. hat die Grundschuldbestellung genehmigt. Der Kreisbauernführer hat gegen den Beschl. Beschw. eingelegt. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Nach § 37 Abs. 1 RErbhofG. ist ein Erbhof für die Zukunft grundsätzlich unbelastbar. Die noch vorhandenen alten dinglichen Schulden sollen durch ein noch zu erlassendes ErbhEntschG. möglichst abgedeckt werden. Für die Zukunft soll der Bauer nach dem Willen des Gesetzes sich das zur Erhaltung des Wirtschaftsablaufes des Erbhofes evtl. benötigte Geld auf dem Weg des Personalkredits beschaffen, dem der § 15 Abs. 2 RErbhofG. die nötige Sicherheit gewährt. Aus einem wichtigen Grunde kann indes auch jetzt noch eine dingliche Belastung genehmigt werden, wenn die Geldaufnahme für die Erhaltung des Hofes unbedingt erforderlich und auf dem Wege des Personalkredites nicht möglich ist. Der Erbhof ermöglicht hier eine Viehhaltung von 20 Stück und erfordert diese Viehhaltung zur Erhaltung einer nachhaltigen Ackernahrung. Wenn auch der Personalkredit für die Zukunft die regelmäßig einzige Kreditquelle für den Landwirt nach dem Willen des Gesetzes werden soll, so kann doch der Bauer in der Zwischenzeit bis zu einer entsprechenden Ausbildung des Personalkredits noch nicht auf diesen verwiesen werden, ohne großen Schaden zu leiden; denn bisher enthalten die Satzungen der Sparkassen und der sonstigen Kreditinstitute, auf die der Bauer angewiesen ist, immer noch die Best., daß Kredit nur gegen dingliche Sicherheit gewährt werden kann. K. ist ein sparsamer, fleißiger und tüchtiger Wirtschafter. Seine bisherige dingliche Verschuldung ist mit 3000 *RM* bei einem Einheitswert von 9700 *RM* gering. Das Anwesen befindet sich im besten Zustand. Es besteht alle Gewähr dafür, daß die neu aufzunehmende Schuld in der kürzesten Frist wieder heimbezahlt wird. Personalkredit hat K. trotz aller Bemühungen nicht erhalten können. Die Wiederbeschaffung des eingegangenen Viehes ist für den Hof eine unbedingte Notwendigkeit. Es bestand daher kein Anlaß, die Genehmigung zur Aufnahme der Grundschuld zu verweigern, die überdies ja dem Vollstreckungsverbot aus § 38 des Ges. unterliegt. Das Rechtsmittel war daher zurückzuweisen.

(ErbhGer. b. OLG. Nürnberg, Beschl. v. 24. Aug. 1934, BeschwReg. Nr. 416/34.) [S.]

---

nehmigung in ihrem Rechte nicht beeinträchtigt worden. Das ergibt sich nicht schon zwingend daraus, daß die Genehmigung ihrem Antrag entsprach; denn der Antrag bringt lediglich das Genehmigungsverfahren in Gang, bindet aber das AnerbG. sachlich in keiner Weise (§ 12 FGG). Dem Antragsteller ist der Beschwerdeweg nicht schon um deswillen verschlossen, weil er in einem früheren Zeitpunkt die erbetene Genehmigung selbst für angemessen hielt (vgl. Schlegelberger, Komm. z. FGG., 4. Aufl., § 20 Anm. II 2 c, Ziff. 7; vgl. hierzu auch Siehr: ErbhRspr. § 11 der 1. DurchfBO., Nr. 3, Anm.); die Beschwerdeberechtigung ist nur von der „Beeinträchtigung" seines „Rechts" abhängig.

Selbst wenn hier die Verfügung des AnerbG. materiell ungerechtfertigt wäre, was für die Zulässigkeitsprüfung zu unterstellen ist (Schlegelberger a. a. O., Anm. I 3 zu § 25), könnte die Beeinträchtigung eines Rechts der Söhne nicht angenommen werden, da ihnen z. Z. der Genehmigung weder ein schuldrechtlicher Anspruch, noch bereits ein (von der Genehmigung abhängiges) dingliches Recht zustand, in deren Bestand durch die Genehmigung hätte eingegriffen werden können.

AGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Zu 5. Die Entsch. verdient uneingeschränkte Zustimmung. Sie schreitet in lobenswerter, Sinn und Zweck des RErbhofG. dienender Weise in der Richtung fort, die das Gericht mit seinem Beschl. v. 20. Juni 1934, BeschwReg. Nr. 302/34: JW. 1934, 2929[4] eingeschlagen hat. Auf meine dieser Entsch. beigefügte Anmerkung darf ich verweisen und gleichzeitig der Hoffnung Ausdruck geben, daß auch alle anderen ErbhGer. und das RErbhGer. sich den von Nürnberg vertretenen Standpunkt zu eigen machen.

Notar Schieck, Markt Grafing b. München.

Zu 6. Der Entsch. ist zuzustimmen. Man wird eine Belastung des Erbhofes immer dann zulassen dürfen, wenn die Zwecke des Erbhofes besondere, über die laufenden Betriebskosten hinausgehende Aufwendungen erfordern und die für diese Aufwendungen erforderlichen Mittel auf andere Weise nicht beschafft werden können. Außergewöhnliche Schäden, Meliorationen, unaufschiebbare größere Instandsetzungsarbeiten sind die Hauptfälle, in denen die Zwecke des Erbhofs selbst die Aufwendung größerer Mittel verlangen und damit im einzelnen Fall die Genehmigung einer Belastung rechtfertigen.

Neben den reinen Zwecken des Erbhofs sind es vor allem die durch das RErbhofG. auferlegten Verpflichtungen zur Ausbildung und Ausstattung der Geschwister, die in der Übergangszeit eine Belastung des Hofes rechtfertigen können, in normalen Zeiten allerdings aus den laufenden Erträgnissen entnommen werden müssen. Neben diesen Umständen wird die Belastung eines Erbhofs nur in seltenen Fällen und immer nur dann genehmigt werden, wenn die Verweigerung der Genehmigung für die Beteiligten eine nicht zu rechtfertigende Härte bedeuten würde.

Notar Dr. Seybold, Berlin.

Freiwillige Gerichtsbarkeit

1. § 19 DevVO. v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231). Auf Grund einer Löschungsbewilligung oder löschungsfähigen Quittung eines ausländischen Gläubigers kann eine Hypothek nur gelöscht oder umgeschrieben werden, wenn die Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle bei-

gebracht wird. Diese Genehmigung kann nicht durch eine Bescheinigung der Devisenbewirtschaftungsstelle, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, ersetzt werden.

Eine im Grundbuch eingetragene Restkaufgeldhypothek steht einer Erbengemeinschaft zu; einer der beteiligten Erben, X., hat seinen ständigen Wohnsitz im Auslande. Bei den Verkaufsverhandlungen, auf Grund deren die Umschreibung des Eigentums erfolgt ist, hat die DevBewSt. seiner Zeit bescheinigt, daß die zufolge des Kaufvertrages vorzunehmenden Rechtshandlungen hinsichtlich des Miterben X. keiner Genehmigung bedürften. Nunmehr beantragt der Grundstückseigentümer unter Vorlegung einer löschungsfähigen Quittung sämtlicher Erben die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld. Das GBA. hat durch befristete Zwischenverfügung die Beibringung der Genehmigung der DevBewSt. verlangt. Die hiergegen eingelegte Beschw. ist vom LG. zurückgewiesen worden. Auch die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Die Notwendigkeit einer Genehmigung der DevBewSt. ergibt sich für einen Fall der vorl. Art aus § 19 DevVO. Danach bedürfen Ausländer i. S. der DevVO. einer Devisengenehmigung zur Verfügung über Forderungen, die durch Veräußerung von Grundstücken oder von Gegenständen, welche zu einer Erbschaft gehören, entstanden sind. Der Senat hat bereits rechtsgrundsätzlich ausgesprochen, daß das Verbot der Verfügung über Forderungen sich auch auf das dingliche Hypothekenrecht bezieht (1 X 169/32: JW. 1932, 1756 = DNZ. 1932, 652 = HöchstRRspr. 1932 Nr. 1471), weil auch dieses darauf gerichtet ist, daß dem Gläubiger eine bestimmte Geldsumme gezahlt werde. Nun enthält freilich eine Löschungsbewilligung als lediglich verfahrensrechtliche Erklärung noch keine Verfügung über das Hypothekenrecht. Nach der ständigen Rspr. des Senats ist aber zu ihrer Erteilung nur derjenige befugt, der sachlich über das Recht verfügen kann (1 X 169/32; JFG. 1, 338; KGJ. 37, A 286, 289). Das kann der ausländische Gläubiger nur mit Genehmigung der DevBewSt. Ebenso ist eine sogenannte löschungsfähige Quittung als Eintragungsgrundlage ohne weiteres nur dann verwendbar, wenn sie von einem verfügungsberechtigten Gläubiger ausgestellt ist. Demgegenüber meint Buschke, Deutsche Devisenbewirtschaftung, 1934, S. 119, 120, daß die Zahlung als „tatsächlicher Akt", wenn sie auch eine Verfügung über die Forderung enthalte, nicht nach § 29 DevVO. nichtig sein könne und daher (bei ausreichender Bescheinigung) in jedem Falle zur Löschung der Hypothek genügen müsse. Hierbei wird jedoch übersehen, daß nicht schon die tatsächliche Zahlung, sondern erst die in der Erfüllungsannahme liegende Verfügung des Gläubigers über die Forderung es ist, welche deren Erlöschen und damit den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer bewirkt, daß also die Forderung und mit ihr die Hypothek als solche bestehen bleibt, wenn jene Verfügung mangels der erforderlichen Devisengenehmigung nichtig ist. Die Folge hiervon ist freilich, daß der ausländische Gläubiger die Hypothek trotz empfangener Zahlung behält. Das widerspricht aber auch keineswegs der gesetzlichen Regelung, welche die Beteiligten von der Vornahme verbotener Geschäfte durch die Androhung ihrer Nichtigkeit abschrecken will. Übrigens ergibt sich aus dem Bestehenbleiben der Hypothek noch nicht, daß der Gläubiger, was Buschke im Interesse der deutschen Devisenbilanz für unerwünscht hält, mit einem nochmaligen Zahlungsverlangen Erfolg haben müßte.

Es bleibt daher weiter zu prüfen, ob eine grundsätzlich erforderliche Devisengenehmigung durch die Erklärung der DevBewSt., daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, ersetzt wird. Das ist in Übereinstimmung mit dem GBA. und dem LG. zu verneinen.

In der DevVO. v. 23. Mai 1932 sowie in den dazu ergangenen Richtlinien ist den DevBewSt. ausdrücklich zwar die Entsch. über die Erteilung oder Versagung einer gesetzlich notwendigen Genehmigung übertragen, aber nicht allgemein auch die Entsch. über die Genehmigungsbedürftigkeit eines Geschäftes. Die eine Zuständigkeit hat keineswegs die andere zur notwendigen Folge. Über die Wirksamkeit oder die Unwirksamkeit eines nicht genehmigten Geschäftes haben vielmehr im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens die Gerichte und im Rahmen eines Grundbuchverfahrens die Grundbuchbehörden zu entscheiden. Bindend ist für sie lediglich die von der DevBewSt. ausgesprochene Erteilung der Versagung der Genehmigung in dem Sinne, daß deren Berechtigung auf die dafür maßgebend gewesenen Gründe hin allerdings nicht nachzuprüfen ist. Das Gericht wird aber durch eine Versagung der Genehmigung nicht zu der Annahme genötigt, daß das davon betroffene Geschäft auch genehmigungsbedürftig sei. Es kann vielmehr die Notwendigkeit der Genehmigung verneinen und das Geschäft trotz Versagung der Genehmigung durch die DevBewSt. als gültig behandeln. Das folgt aus dem allgemeinen Grundsatze, daß die Gerichte zwar an die von einer anderen Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit getroffene Entsch. gebunden sind, aber nicht darüber hinaus auch an die einer solchen Entsch. zugrunde liegenden Erwägungen (im Ergebnis ebenso KG. 8 W 4512/32: JW. 1932, 1975). Ist aber schon die mit der Erteilung oder Versagung der Genehmigung zum Ausdruck gebrachte Auffassung der DevBewSt., daß das in Frage stehende Geschäft genehmigungsbedürftig sei, für die Gerichte nicht bindend, so muß dasselbe erst recht auch von der bloßen Erklärung gelten, daß das Geschäft keiner Genehmigung bedürfe (ebenso grundsätzlich Volkmar, Devisennotrecht in Rechtspflege und Wirtschaft, 1933, S. 26; Lion-Hartenstein, Devisennotrecht, 1932, S. 497; Thiele-Elsholz, Devisenrechtliche Bestimmungen, 1932, S. 42; Buschke a. a. O., S. 126 ff.). Die Richtigkeit dieser Rechtsansicht wird durch einzelne Sondervorschr. des Devisenrechtes bestätigt. So ist in § 10 VO. v. 17. April 1934 (RGBl. I, 313) vorgesehen, daß die DevBewSt. mit bindender Wirkung feststellen können, ob eine Person für die Devisenbewirtschaftung Inländer, Ausländer oder Saarländer ist. Diese Best. wäre überflüssig, wenn die DevBewSt. ohnehin befugt wären, die Genehmigungsbedürftigkeit oder Genehmigungsfreiheit eines Geschäftes bindend festzustellen. Ferner ist in den Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung v. 23. Juni 1932 unter II 66 vorgesehen, daß die Devisenbewirtschaftungsstellen auch für Handlungen innerhalb der Freigrenze eine Devisengenehmigung erteilen können, sofern ein Interesse an der Klärung ihrer Zulässigkeit besteht. Wenn der Gesetzgeber davon ausginge, daß schon allgemein die von der DevBewSt. ausgesprochene Anerkennung der Genehmigungsfreiheit eines Geschäftes für andere Behörden maßgebend sei, wäre es nicht zu verstehen, weshalb sie noch ausdrücklich ermächtigt werden sollten, eine Genehmigung in einem Falle zu erteilen, wo sie nicht erforderlich ist.

Die hier vertretene Ansicht ist auch in ihrer Auswirkung jedenfalls da ganz unbedenklich, wo die DevBewSt. zu Unrecht von der Genehmigungsbedürftigkeit eines Rechtsgeschäftes ausgeht. Schutzwürdige Interessen der Beteiligten können in einem solchen Falle dadurch, daß Gerichte oder andere Behörden das Geschäft für genehmigungsfrei erklären, nicht beeinträchtigt werden. Das etwa entgegenstehende private Schuldnerinteresse ist nicht Gegenstand des mit der Devisengesetzgebung bezweckten Schutzes der deutschen Volkswirtschaft. Aber auch im öffentlichen Interesse unterliegt es keinem Bedenken, daß die Entsch. der im wesentlichen auf rechtlichem Gebiete liegenden Frage der Genehmigungsbedürftigkeit zuletzt bei den Gerichten liegt. Dagegen können sich allerdings Schwierigkeiten für die Beteiligten in denjenigen Fällen ergeben, wo das Gericht den strengeren Standpunkt einnimmt und eine Genehmigung erfordert, die von der DevBewSt. für überflüssig erachtet und lediglich aus diesem Grunde abgelehnt wird. Dieses Bedenken reicht aber nicht aus, um ohne jede gesetzliche Grundlage, noch dazu unter verschiedener Behandlung der positiven und der negativen Zuständigkeitsannahme der DevBewSt., gerade die Erklärung, daß ein bestimmtes Geschäft nicht genehmigungsbedürftig sei, als allgemein verbindlich anzusehen. Es liegt näher, die Gesetzeslücke i. S. der vorerwähnten Sonderbestimmungen dahin auszufüllen, daß die DevBewSt. auch dann, wenn sie ein Geschäft für genehmigungsfrei halten, nötigenfalls gleichwohl eine Entsch. über Erteilung oder Versagung treffen müssen (ebenso Thiele-Elsholz a. a. O., S. 42). Ähnliche Schwierigkeiten können sich auch in anderen Fällen der Genehmigungsbedürftigkeit von Rechtsgeschäften ergeben und werden dort in gleicher Weise behoben. So kann beispielsweise die Erklärung des VormGer., daß ein Rechtsgeschäft des Vormundes genehmigungsfrei sei, eine gleichwohl erforderliche Genehmigung nicht ersetzen. Wenn Zweifel bestehen, ist über die Erteilung der Genehmigung vorsorglich zu befinden. Ein gleiches muß für die DevBewSt. um so mehr gelten, als es im öffentlichen Interesse bedenklich erscheint, der Bescheinigung der Genehmigungsfreiheit dieselbe Bedeutung beizumessen wie der Erteilung der Genehmigung selbst. Die DevBewSt. sollen Rechtsgeschäfte, die gewisse für die deutsche Devisenbewirtschaftung gefährliche Merkmale aufweisen, auf ihre Unbedenklichkeit von volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten aus nachprüfen. In eine solche Prüfung werden sie aber regelmäßig nicht eintreten, wenn sie sich darauf beschränken, dem Antragsteller mitzuteilen, daß aus Rechtsgründen eine Genehmigung nicht erforderlich sei. Läßt sich aus dem Bescheide der DevBewSt. ausnahmsweise das Gegenteil entnehmen, so wird es freilich u. U. möglich sein, darin zugleich die Erklärung zu finden, daß die Genehmigung notfalls erteilt werde (vgl. Volkmar a. a. O.; Lion-Hartenstein a. a. O., S. 498; ähnlich, aber etwas weitergehend Schultze: JW. 1932, 2004 zu D VI). Im gegebenen Falle ist das aber nicht möglich.

Hiernach erweist sich die Beanstandung des GBA. als gerechtfertigt. Die BeschwF. werden also eine schriftliche Genehmigung der DevBewSt. beibringen müssen. Sollte die letztere einen entsprechenden Antrag als gegenstandslos ablehnen, so muß es den BeschwF. überlassen bleiben, in geeigneter Weise eine Änderung dieser Stellungnahme herbeizuführen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Aug. 1934, 1 X 303/34.)

Ber. von KGR. Dr. Werner Schulze, Berlin.

*

2. § 37 HGB. Geschäftsbezeichnungen, bei denen nicht schon die Ausdrucksweise als solche eine Firma andeutet, werden als Firmen nur dann aufgefaßt, wenn sie im rechtsgeschäftlichen Verkehr zur Unterzeichnung verwandt werden; im letzteren Fall ist nicht entscheidend, ob die Bezeichnung den gesetzlichen Anforderungen an eine Firma entspricht. †)

Der BeschwF. benutzt für sein Unternehmen die Bezeichnung: „Deutsche Unfall-Hilfe, Interessenvertretung der durch Verkehrsunfälle Geschädigten". Das Registergericht hat ihn unter Bezugnahme auf § 37 HGB. aufgefordert, sich des ferneren Gebrauchs dieser „Firma" mit oder ohne Zusatz seines Namens zu enthalten. Den hiergegen von ihm eingelegten Einspruch hat es verworfen. Auch das LG. hat die sofortige Beschw. als unbegründet zurückgewiesen. Der weiteren sofortigen Beschw. ist stattgegeben worden.

Das LG. hat ausgeführt, dem BeschwF. stehe nach § 4 HGB. nicht das Recht zur Führung einer Firma zu. Auch ein Nichtkaufmann dürfe zwar eine „Geschäftsbezeichnung" benutzen. Unter einer solchen sei jedoch lediglich ein Merkwort zu verstehen, das den Gewerbebetrieb von gleichartigen Unternehmungen unterscheiden solle, wie „Gasthaus zum goldenen Schwan", „Kronen Drogerie". Es handle sich also um Beiwörter, die für sich allein hinsichtlich des Geschäftsbetriebs ohne Bedeutung seien. Regelmäßig fehle auch der Name des früheren oder des gegenwärtigen Inhabers. Es sei aber nicht angängig, daraus ein allgemeingültiges Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Firma herzuleiten. Die Entsch. könne nur von Fall zu Fall getroffen werden. Aus den angeführten Beispielen sei ersichtlich, daß die von dem BeschwF. gewählte Bezeichnung eine Geschäftsbezeichnung nicht darstelle. Denn sie bestehe nicht aus an sich bedeutungslosen Beiwörtern, sondern sie sei eine genaue Bezeichnung der Art des Unternehmens, die aus sich heraus vollkommen verständlich sei. Anderseits gehe sie über eine bloße Angabe des Betriebes hinaus, indem sie den Betrieb als „Deutsche Unfall-Hilfe" und als Interessenvertretung „der" (d. h. aller) durch Verkehrsunfälle Geschädigten hinstelle. Derartige phantasievolle Bezeichnungen seien Firmen i. S. des § 17 HGB.

Diesen Ausführungen kann nicht zugestimmt werden. Nach der Auffassung des Senats, wie sie sich insbes. aus der Entsch. KGJ. 42, 161 (= OLG. 24, 167) ergibt, ist es grundsätzlich in das Belieben eines Geschäftsinhabers gestellt, in welcher Weise er die „Geschäftsbezeichnung", den „Etablissementsnamen" bilden will. Es kann hiernach nicht anerkannt werden, daß für die Geschäftsbezeichnung nur Beiwörter verwertet werden dürfen, die „für sich allein hinsichtlich des Geschäftsbetriebes ohne Bedeutung sind". Dies trifft auch nicht einmal bei den vom LG. gewählten Beispielen zu. Bei dem einen Beispiel bringt die Geschäftsbezeichnung „für sich allein" zum Ausdruck, daß es sich hier um den „Geschäftsbetrieb" eines Gasthauses handelt, bei dem anderen Beispiel, daß es sich um den Geschäftsbetrieb einer Drogerie handelt. Hier wie dort handelt es sich um eine „genaue Bezeichnung der Art des Unternehmens, die aus sich heraus vollkommen verständlich ist" und die anderseits — durch die gewählten Zusätze: „Zum goldenen Schwan" und „Kronen" — über die bloße Angabe des Betriebes hinausgeht, so daß sie — um auch insoweit die Ausdrucksweise des LG. zu gebrauchen — als „phantasievolle Bezeichnung" gelten kann.

Hiernach kann die angefochtene Entsch. jedenfalls nicht mit der ihr gegebenen Begründung aufrechterhalten werden.

Dies versetzt den Senat in die Lage, an Stelle des BeschwG. eine eigene Sachprüfung vorzunehmen.

Bei dieser Prüfung darf davon ausgegangen werden, daß der BeschwF. nicht Vollkaufmann ist — er hat dies selbst anerkannt —, und daß er infolgedessen nicht eine Bezeichnung benutzen darf, die im Verkehr als Firma aufgefaßt wird. Hierbei ist zu beachten, daß gewisse Bezeichnungen schon durch ihre Ausdrucksweise ohne Rücksicht auf die Art ihrer Verwendung als Firmen aufgefaßt werden, andere Bezeichnungen dagegen nur dann, wenn sie in bestimmter Weise verwandt werden. Zu der ersten Gruppe gehören Bezeichnungen wie „Müller & Schulze" (vgl. KGJ. 31, A 143 [145]), „Müller & Co." (vgl. KGJ. 33, A 114 [115]), „Hans Müller, Nachf. Fritz Schulze" (vgl. KGJ. 35, A 148 [149]), „Färberei Hans Müller, Inh. Fritz Schulze" (vgl. 1 b X 85/34). Derartige Bezeichnungen werden im Verkehr stets als Firmen aufgefaßt, mögen sie als Unterschriften unter rechtsgeschäftlichen Erklärungen verwandt werden oder an Geschäftslokalen, in Zeitungsanzeigen, auf Warenumhüllungen oder in sonstigem Werbematerial erscheinen. Zu der zweiten Gruppe gehören solche Bezeichnungen, die, für sich betrachtet, nur einen Hinweis auf ein Unternehmen und nicht auf dessen Inhaber darstellen. Werden diese Bezeichnungen zur Unterzeichnung rechtsgeschäftlicher Erklärungen — etwa zur Unterzeichnung von Verträgen oder Wechseln — verwandt, so wird durch die Art der Verwendung zum Ausdruck gebracht, daß die Bezeichnung eine Benennung des die Erklärung abgebenden Inhabers des Unternehmens, d. h. dessen Namen darstellt; denn rechtsgeschäftliche Erklärungen werden nicht von dem Unternehmen als objektivem Inbegriff, sondern von einer natürlichen oder juristischen Person, insbes. von dem Inhaber des Unternehmens, abgegeben. Der Verkehr ist daher geneigt, eine Bezeichnung, die — rein sprachlich betrachtet — nur auf das Unternehmen hinweist, dann als Namen, und zwar als Handelsnamen, des Inhabers des Unternehmens aufzufassen, wenn die Bezeichnung im rechtsgeschäftlichen Verkehr zur Unterzeichnung verwandt wird. Hierbei wird im Verkehr nicht entscheidender Wert darauf gelegt, ob die gewählte Bezeichnung den gesetzlichen Anforderungen an eine Firma entspricht. Tut sie dies nicht, so wird es häufig nicht beachtet, oder es wird angenommen, die Firma sei in abgekürzter oder in sonstwie verstümmelter Gestalt gebraucht, etwa unter Weglassung von Zusätzen wie AG. oder GmbH. oder unter Bildung eines Phantasiewortes, das sich aus den Anfangsbuchstaben der einzelnen Firmenworte zusammensetzt. Da ein Gewerbetreibender, der nicht Vollkaufmann ist, keine Bezeichnung benutzen darf, die im Verkehr als Firma aufgefaßt wird — sei es auch als abgekürzte oder verstümmelte Firma —, so darf der BeschwF. die von den Vorinstanzen beanstandete Bezeichnung zu rechtsgeschäftlichen Zwecken nicht verwenden. Denn im rechtsgeschäftlichen Verkehr wird sie als Firma aufgefaßt werden, und zwar wohl auch dann, wenn der Name des BeschwF. hinzugefügt wird. Der BeschwF. hat jedoch geleugnet, daß er im rechtsgeschäftlichen Verkehr die beanstandete Bezeichnung verwende. Anhaltspunkte dafür, daß dies doch geschehen ist, sind nicht hervorgetreten. Es besteht daher keine Möglichkeit, dies festzustellen, und keine Notwendigkeit, Ermittlungen nach dieser Richtung hin anzustellen.

Hat der BeschwF. die beanstandete Bezeichnung nur außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs verwandt, so muß beachtet werden, daß im wettbewerblichen Verkehr der Gegenwart die „Geschäftsbezeichnungen" sehr stark an Bedeutung gewonnen haben, und daß dementsprechend die Verwendung von Firmenbezeichnungen zurückgetreten ist. Hierüber hat der Senat in der Entsch. 1 b X 64/34 folgendes ausgeführt:

„Wie der Senat bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht hat, hat die neuere Entwicklung im Geschäftsleben und im Reklamewesen dahin geführt, daß an Geschäftslokalen sowie in Inseraten und in sonstigem Werbematerial Geschäftsbezeichnungen gebraucht werden, die nicht als ‚Firmenbezeichnungen' gemeint und auch vom Publikum nicht als ‚Firmen' im Rechtssinne aufgefaßt werden; sie werden vielmehr als bloße Hinweise auf das Geschäft verstanden, sei es, daß zur Bezeichnung des Geschäfts eine Abkürzung oder eine sonstige Abänderung einer Firma verwandt wird, sei es, daß eine Kennzeichnung gewählt wird, die mit der etwa vorhandenen Firma nichts zu tun hat (vgl. Recht 1925 Nr. 1305 = DNotV. 1927, 127; JW. 1926, 2930²; Recht 1928 Nr. 2272 = HöchstRRspr. 1929, 21; JW. 1930, 3777 sowie 1 b X 81/29; 1 b X 591/33). Im Hinblick auf diese neuere Entwicklung werden vielfach gerade auch Aufschriften an Geschäftslokalen, die früher den Eindruck von ‚Firmen' hervorgerufen hätten, gegenwärtig nicht mehr als ‚Firmen' angesehen. Die Verwendung derartiger Aufschriften stellt sich daher nicht mehr als ein Firmengebrauch i. S. des § 37 HGB. dar."

Berücksichtigt man diese neuere Entwicklung, so erscheint es nicht mehr möglich, die vom BeschwF. benutzte Bezeichnung: „Deutsche Unfall-Hilfe, Interessenvertretung der durch Verkehrsunfälle Geschädigten" — soweit sie außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gebraucht wird —, deshalb zu beanstanden, weil sie den Anschein erweckt, als handle es sich bei ihr um eine „Firma". Das Publikum ist im Zusammenhang mit der Entwicklung der Reklame immer stärker daran gewöhnt worden, daß ihm zur Kennzeichnung von Unternehmungen statt der „Firmen" „Geschäftsbezeichnungen" der mannigfaltigsten Art entgegentreten, und so glaubt es auch bei der soeben wiedergegebenen Bezeichnung nicht, eine Firma vor sich zu haben. Jedenfalls kann dies nicht zuverlässig festgestellt werden. Soweit der Entsch. HöchstRRspr. 1929, 22 eine abweichende Auffassung zugrunde liegt, kann sie nicht aufrechterhalten werden. Die Industrie- und Handelskammer in Berlin hat zwar die Auffassung vertreten, die beanstandete Bezeichnung könne nur als unzulässige Firma und nicht als bloße Geschäftsbezeichnung aufgefaßt werden. Dies begründet die Industrie- und Handelskammer aber ausschließlich mit Ausführungen, die zeigen sollen, daß die vom BeschwF. gewählte Bezeichnung der wahren Sachlage nicht gerecht werde, sondern falsche Vorstellungen über den Gewerbebetrieb des BeschwF. hervorrufe. Die hier zu entscheidende Frage geht aber nicht dahin, ob das Publikum durch die beanstandete Bezeichnung zu falschen Vorstellungen über den Gewerbebetrieb des BeschwF. veranlaßt wird, sondern sie geht dahin, ob das Publikum die Bezeichnung für eine „Firma" oder für eine „Geschäftsbezeichnung" hält. Irreführend kann sowohl eine Firma als auch eine Geschäftsbezeichnung sein. Daß die Industrie- und Handelskammer die vom BeschwF. gewählte Bezeichnung in Wahrheit nur wegen der Gefahr der

---

Zu 2. Diese Entsch. wird den Gegenstand eines ausführlicheren Aufsatzes, der in einer der folgenden Nummern der JW. abgedruckt wird, bilden. D. S.

Irreführung über den Gewerbebetrieb des BeschwF. beanstandet hat, ergibt sich insbes. auch daraus, daß sie eine andere Bezeichnung für zulässig erklärt, die in der hier entscheidenden Hinsicht der vom BeschwF. gewählten Bezeichnung gleichgeartet ist: „F... R..., Wahrnehmung vorbereitender Verhandlungen und Darlehnsgewährung für durch Verkehrsunfälle Geschädigte". Würde man etwa auf diese Bezeichnung das vom LG. Ausgeführte anwenden, so würde sich ohne weiteres ergeben, daß auch sie nicht eine „Geschäftsbezeichnung" darstellt, weil es sich bei ihr nicht um Beiwörter handelt, die für sich allein hinsichtlich des Geschäftsbetriebes ohne Bedeutung sind. In Wahrheit handelt es sich bei der vom BeschwF. gewählten wie bei der von der Industrie- und Handelskammer vorgeschlagenen Bezeichnung um eine — sei es richtige, sei es unrichtige — Kennzeichnung des Gegenstandes des Unternehmens, um einen sachlichen Hinweis auf die Art des Unternehmens, die vom Registergericht aus den oben angegebenen Gründen nicht beanstandet werden kann. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies auch dann gilt, wenn der Name des BeschwF. hinzugefügt wird; denn ausreichende Unterlagen dafür, daß eine solche Hinzufügung stattgefunden hat, liegen nicht vor.

In welcher Weise gegen die Benutzung einer unzulässigen, insbes. einer irreführenden Geschäftsbezeichnung vorgegangen werden kann, ist in diesem lediglich die Frage des Firmenmißbrauchs betreffenden Verfahren nicht zu erörtern. Das Registergericht kann nach dem Gesetz nur bei Firmenmißbrauch einschreiten, nicht bei der Verwendung von „Geschäftsbezeichnungen", die dem Gericht unzulässig erscheinen.

(KG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 12. Juli 1934, 1b X 244/34.)

Ber. von KGR. Dr. Werner Schulze, Berlin.

*

3. § 268 HGB.; §§ 45, 46 Ziff. 8, 52 GmbHG. Keine entsprechende Anwendung des § 268 HGB. auf die GmbH.

Gesellschafter einer GmbH. sind der Direktor R. mit einem Geschäftsanteil von 151 000 *RM* und die E.-B.-AktG. mit einem Geschäftsanteil von 149 000 *RM*. Der erstere ist zugleich Vorsitzender des bei der GmbH. satzungsgemäß bestehenden Aufsichtsrates. Die andere Gesellschafterin ist der Meinung, daß die Gesellschaft gegen ihn aus schuldhafter Verletzung seiner Aufsichtsratspflichten einen hohen Schadensersatzanspruch habe und wünscht dessen gerichtliche Geltendmachung. Diese wurde in einer Gesellschafterversammlung beschlossen. Die E.-B.-AktG. befürchtet aber, daß der Geschäftsführer der GmbH. infolge innerer Abhängigkeit von dem Mehrheitsgesellschafter R. den Prozeß gegen diesen nicht nachdrücklich genug betreiben werde und hat deshalb in mehreren Gesellschafterversammlungen versucht, die Prozeßführung anderen Personen übertragen zu lassen, indes mit zweifelhaftem Erfolge. Inzwischen hat die Minderheitsgesellschafterin bei dem AG. beantragt, als besondere Vertreter zur Führung des Rechtsstreits gegen R. zwei von ihr bezeichnete Personen zu bestellen. Dem Antrage haben das AG. und das LG. entsprochen mit der Begr., daß § 268 Abs. 2 Satz 2 HGB. gem. § 52 GmbHG. auf die Ansprüche einer GmbH. gegen ein Mitglied ihres Aufsichtsrates entsprechend anzuwenden sei. Auf die sofortige weitere Beschw. hat das KG. die Vorentscheidung aufgehoben und den Antrag zurückgewiesen.

Der § 268 HGB. sieht in Abs. 1 vor, daß die Ansprüche der AktG. aus der Gründung gegen bestimmte Personen oder aus der Geschäftsführung gegen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates geltend gemacht werden müssen, wenn es in der GenVers. mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit verlangt wird, deren Anteile den zehnten (jetzt u. U. auch nur den zwanzigsten) Teil des Grundkapitals erreichen. Im Anschluß hieran bestimmt Abs. 2 weiter, daß die GenVers. zur Führung des Rechtsstreits besondere Vertreter wählen und daß, wenn die Geltendmachung von der Minderheit verlangt ist, das Gericht die von dieser bezeichneten Personen zu Prozeßvertretern der Gesellschaft bestellen kann. Das GmbHG. enthält keine derartige Vorschr. Bei der Ähnlichkeit des Aufbaues der beiden Arten von Kapitalgesellschaften und bei der weitgehenden Übereinstimmung ihrer Grundzüge schließt ein solches Schweigen des Gesetzes die Heranziehung einer Vorschr. des Aktienrechtes noch nicht aus. Es ist vielmehr, wie das in zahlreichen Fällen in Rspr. und Schrifttum anerkannt wird, grundsätzlich möglich, auf diese Weise eine etwaige Lücke des GmbH.-Rechts auszufüllen. Voraussetzung hierfür ist aber, wie bei jeder entsprechenden Anwendung gesetzlicher Vorschr., die für andere Tatbestände gegeben sind, daß eine solche Anwendung — bei Rechtsähnlichkeit der Sachlage — i. S. des Gesetzgebers liegt. Dazu bedarf es der Feststellung, daß der Gesetzgeber mutmaßlich an den zur Entsch. stehenden Fall nicht gedacht hat, ihn aber andernfalls gemäß einem allgemeinen Rechtsgedanken geregelt haben würde, der bei der gesetzlichen Regelung des rechtsähnlichen Tatbestandes zum Ausdruck gekommen ist. Eine entsprechende Anwendung ist also unzulässig, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Gesetzgeber die für einen bestimmten Fall getroffene Regelung geflissentlich auf einen anderen ähnlichen Fall nicht ausgedehnt hat. Danach ist eine Ausdehnung des § 268 HGB. auf das Gebiet der GmbH. nicht angängig.

Die besondere Gesetzesvorschrift des der angefochtenen Entsch. zugrunde gelegten § 52 Abs. 1 GmbHG. sieht ausdrücklich nur vor, daß ganz bestimmte Vorschr. des Aktienrechtes über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates, seine Vergütung, seine Aufgaben, Befugnisse und Pflichten sowie über seine Verantwortlichkeit (§ 243 Abs. 1, 2, 4, 244—248 und 249 Abs. 1, 2 HGB.) auf den etwaigen Aufsichtsrat der GmbH. entsprechende Anwendung finden sollen. Daß dabei der § 268 HGB. nicht mitgenannt ist, könnte bereits beabsichtigt sein, würde ihn freilich nur in diesem Falle ohne weiteres von der entsprechenden Anwendung ausschließen. In Wahrheit rechtfertigt sich dies aus ganz anderen Gründen. Zu beachten ist schon, daß § 268 HGB. mit seiner Regelung von Minderheitsrechten gegenüber der Gesellschaft vollständig aus dem Rahmen der im § 52 GmbHG. ausdrücklich für anwendbar erklärten, den Aufsichtsrat unmittelbar betreffenden Vorschr. herausfällt. Wesentlich ist aber hier vor allem, daß § 268 HGB. überhaupt keineswegs auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen Aufsichtsratsmitglieder beschränkt ist, sondern auch die Ansprüche gegen Gründer und, worauf es bei der gegenwärtigen Untersuchung entscheidend ankommt, gegen Mitglieder des Vorstands betrifft. Er läßt sich schon deshalb, wenn überhaupt, nur einheitlich auf das Gebiet der GmbH. übertragen. Für die letztere sind praktisch die Ansprüche gegen die Geschäftsführer weit bedeutsamer als diejenigen gegen Mitglieder des Aufsichtsrates, der hier als gewillkürtes Organ verhältnismäßig selten ist. Wenn es also, was noch zu prüfen bleibt, nicht möglich sein sollte, den § 268 HGB. gleichmäßig auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Geschäftsführer und gegen Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH. entsprechend anzuwenden, muß dies auch in der Beschränkung auf Aufsichtsratsmitglieder abgelehnt werden. Denn es fehlt jeder innere Grund, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus der Geschäftsführung in der hier fraglichen Richtung verschieden zu behandeln, je nachdem sie sich gegen Geschäftsführer oder gegen Mitglieder des Aufsichtsrates richten. Dieses Bedenken wird in dem Gutachten von Brodmann nicht berücksichtigt, das die entsprechende Anwendung des § 268 HGB. lediglich aus § 52 GmbHG. — also offenbar mit Beschränkung auf die Ansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder — herleiten will.

Aber auch eine allgemeine gesetzliche Übertragung der Regelung des § 268 HGB. auf das Gebiet der GmbH., wie sie von der Antragstellerin für geboten erachtet wird, ist abzulehnen, da sie dem ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen würde (ebenso Staub-Hachenburg, GmbHG. zu § 45 Anm. 55, zu § 46 Anm. 41; Brodmann zu § 46 Anm. 9a; Scholz zu § 45 Anm. 5; Liebmann-Saenger zu § 45 Anm. 3). Es ist davon auszugehen, daß die Vorschr. für die vorgesehene Minderheit von Aktionären, deren Anteile den zehnten (oder den zwanzigsten) Teil des Grundkapitals erreichen, in erster Linie das Recht begründet, die Geltendmachung der Ersatzansprüche gegen die Gründer, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder zu verlangen, und nur im Anschluß hieran die Bestellung der besonderen Vertreter behandelt. Es ist also zu prüfen, ob eine gleiche Minderheit auch bei der GmbH. die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder soll verlangen können. Das läßt sich aber beim Fehlen einer besonderen Vorschr. des GmbHG. nicht annehmen.

Nach § 45 GmbHG. bestimmen sich die Rechte, welche den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbes. in bezug auf die Führung der Geschäfte, zustehen, sowie ihre Ausübung grundsätzlich nach dem Gesellschaftsvertrage. In Ermangelung besonderer Vorschr. gelten die §§ 46—51 des Gesetzes. Sollte also eine Minderheit der Gesellschafter gleiche Rechte wie eine Aktionärminderheit gem. § 268 HGB. haben, so hätte es sehr nahegelegen, hier eine entsprechende Vorschr. des GmbHG. aufzunehmen. § 46 Ziff. 8 i. Verb. m. § 47 Abs. 1 GmbHG. besagt aber im Gegenteil ohne Ausnahme: „Der Best. der Gesellschafter (die im Wege der Beschlußfassung mit Stimmenmehrheit getroffen wird) unterliegt... die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen Gesellschafter oder Geschäftsführer zustehen, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat." Gegenüber dieser die Frage erschöpfend regelnden Vorschr. war dringender Anlaß vorhanden, das Bestehen eines gleichen Rechtes einer Gesellschafterminderheit besonders hervorzuheben, wenn es nicht durch § 46 Ziff. 8 ausgeschlossen werden sollte. Das gilt um so mehr, als § 50 ein Minderheitsrecht — entsprechend dem des § 254 HGB. — ausdrücklich vorsieht, nämlich das Recht einer Minderheit von mindestens einem Zehntel des Stammkapitals (nach § 254 HGB. von mindestens einem Zwanzigstel des Grundkapitals), die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen. Schon dieses Beispiel zeigt, daß der Gesetzgeber die Minderheitsrechte für jedes

der beiden Gesellschaftsgebiete selbständig hat regeln wollen. Das ergibt sich weiter einerseits aus einem Vergleich der §§ 205, 264, 266 und 295 Abs. 2, 3 HGB. mit den §§ 66 Abs. 2 und 61 GmbHG. Angesichts dieser teils grundsätzlich, teils wenigstens in den Einzelheiten recht verschiedenen Regelung der einer Minderheit von Gesellschaftern zugestandenen Rechte läßt sich nicht sagen, daß wegen der Rechtsähnlichkeit der beiden Gesellschaften auch die Rechte der Gesellschafterminderheiten einander gleichen müßten. Vielmehr liegt es näher anzunehmen, daß ein Recht, das für eine Minderheit von Aktionären ausdrücklich vorgesehen ist, für eine Minderheit von Gesellschaftern der GmbH. dagegen nicht, der letzteren auch nicht zustehen sollte, und ebenso umgekehrt. Das gilt hier zunächst und hauptsächlich von dem für die Gesellschaft sehr einschneidenden Minderheitsrechte des § 268 Abs. 1 HGB., die Geltendmachung bestimmter Ansprüche aus der Gründung oder gegen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder zu verlangen, dann aber auch von dem nur zur besseren Durchsetzung dieses Verlangens dienenden Recht des Abs. 2 Satz 2 auf gerichtliche Bestellung besonderer Vertreter zur Prozeßführung.

Gegen die Heranziehung des § 268 HGB. spricht ferner, daß dann auch eine entsprechende Anwendung der zur Ergänzung des § 268 dienenden, sehr ins einzelne gehenden Vorschr. der §§ 269, 270 HGB. nicht umgangen werden könnte, der Gesellschafterminderheit z. B. die Verpflichtung auferlegt werden müßte, der Gesellschaft die ihr zur Last fallenden Prozeßkosten zu erstatten. Alles das ist ohne gesetzliche Grundlage höchst bedenklich. Die Verschiedenheit der Regelung für die AktG. und für die GmbH. andererseits entbehrt auch keineswegs der inneren Begr. Wegen der großen Zahl der an einer AktG. mit Aktien beteiligten, aber an der Geschäftsführung meist wenig interessierten Personen war das öffentliche Interesse an deren Schutz gegen Vergewaltigung durch eine der Verwaltung nahestehende Mehrheit bei der AktG. stärker als bei der GmbH., deren Gesellschafter regelmäßig weniger zahlreich und infolgedessen enger mit dem Unternehmen verbunden sind. Daraus erklären sich schon die strengeren Vorschr. des Aktienrechtes über die Gründung der Gesellschaft und die Verantwortlichkeit der Gründer. Es kommt hinzu, daß das Gesetz andererseits den Gesellschaftern einer GmbH., deren Anteile den zehnten Teil des Stammkapitals erreichen, abweichend vom Aktienrechte die Möglichkeit eröffnet, aus wichtigem Grunde die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen. Die Minderheit hat also hier ein Mittel, äußerstenfalls einem unerträglich gewordenen Verhältnis auf solche Weise ein Ende zu machen, und ist deshalb nicht in gleichem Maße wie eine Aktionärminderheit darauf angewiesen, der Mehrheit bei einer mißbräuchlichen Ausnutzung ihrer Rechtsstellung entgegentreten zu müssen. Es mag der Antragstellerin zugegeben werden, daß diese Gründe bei den gegenwärtigen Anschauungen nicht mehr ausreichen mögen, den Gesellschaftern einer GmbH. die im § 268 HGB. für die Aktionäre vorgesehenen Rechte zu versagen. Darauf kann es aber hier nicht ankommen. Haben sich die Anschauungen über den Umfang des der Gesellschafterminderheit zu gewährenden Schutzes seit der gesetzlichen Regelung, insbes. seit der Schaffung des § 268 HGB., geändert, so kann dem nur vom Gesetzgeber durch eine entsprechende Ergänzung des Gesetzes Rechnung getragen werden. Das wird bestätigt durch die von der Antragstellerin selbst vorgetragene Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschr. des ÖsterGmbHG., das in § 48 eine dem § 268 HGB. ähnliche Vorschr. enthält (dies wird näher dargelegt). Übrigens dürfte das Bedürfnis nach einer entsprechenden Ergänzung des deutschen GmbHG. noch nicht einmal besonders dringend sein. Wenigstens hat sich die höchstrichterliche Rspr., soweit ersichtlich, bisher mit Anträgen der vorl. Art für das Gebiet der GmbH. nicht zu befassen gehabt. Auch der vorl. Fall beweist nicht ohne weiteres das Bestehen eines solchen Bedürfnisses. Die Schwierigkeiten für die Antragstellerin ergeben sich nämlich nicht daraus, daß der zu verklagende vermeintliche Schuldner der GmbH. Mitglied des Aufsichtsrates ist oder gewesen ist, sondern ausschließlich aus seiner Gesellschafterstellung. Sie würden ebenso vorhanden sein, wenn der vermeintliche Schuldner niemals dem Aufsichtsrat angehört hätte und der Gesellschaft aus einem andern Anlaß schadensersatzpflichtig geworden wäre. Auf einen solchen Fall ist aber der § 268 HGB. schon im Aktienrechte nicht anwendbar. Den Schwierigkeiten, die sich aus der Gesellschaftereigenschaft eines Gesellschaftsschuldners ergeben, soll vielmehr nach Möglichkeit § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG. abhelfen, dem im Aktienrechte § 252 Abs. 3 Satz 2 HGB. entspricht. Danach hat der Gesellschafter (Aktionär) kein Stimmrecht bei einer Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites gegen ihn betrifft. Auf Grund dieser Vorschr. kann die Antragstellerin im vorl. Falle auch annähernd zu dem gewünschten Ziele gelangen.

(KG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 16. Aug. 1934, 1b X 318/34.)

Ber. von LGR. Dr. Henke, Berlin.

*

4. § 107 RAbgO.; §§ 20, 143 FGG.; § 18 Abs. 2 HGB. Ein Steuerberater, dem das LFinA. das Auftreten in Steuersachen untersagt hat, ist dadurch nicht gehindert, sich als „Steuerberater" zu bezeichnen und sogar unter seinem Namen eine Firma mit dem Zusatz „Steuer- und Wirtschaftsberatung" zu führen. Das FinA. ist nicht beschwerdeberechtigt, wenn das Registergericht es abgelehnt hat, das Löschungsverfahren gegen die Firma einzuleiten.†)

Der Dr. S., der sich seit längerer Zeit gewerbsmäßig mit der Erteilung von Rat und Hilfe in Steuerangelegenheiten befaßt, war ursprünglich als Bevollmächtigter in Steuersachen durch den Präsidenten des LFinA. B. allgemein zugelassen. Diese allgemeine Zulassung wurde am 28. Juli 1933 gem. § 107 RAbgO. i. d. Fass. v. 22. Mai 1931 (RGBl. I, 161) und v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 257) widerrufen. Daraufhin läßt das FinA. in G. sein Auftreten als Bevollmächtigter in Steuersachen grundsätzlich nicht mehr zu. Dr. S. gründete nunmehr eine Kommanditgesellschaft unter der Firma „Steuer- und Wirtschaftsberatung Diplomkaufmann Dr. S., Kommanditgesellschaft" und ließ diese Firma in das Handelsregister eintragen. Auf eine Anregung des FinA., die Eintragung von Amts wegen zu löschen, weil die Firma unzulässig sei, leitete der Registerrichter das Amtslöschungsverfahren ein. Er erklärte dann aber einen Widerspruch des Betroffenen für begründet. Eine Beschw. des FinA. wurde vom LG. unter Verneinung des Beschwerderechtes „als unzulässig verworfen". Die weitere Beschw. des FinA. hatte keinen Erfolg.

Der Mangel des Beschwerderechtes hat nach der neueren Rspr. des KG., das sich dabei in Übereinstimmung mit dem RG. befindet, nicht die Unzulässigkeit des Rechtsmittels zur Folge, sondern nur die Unbegründetheit. Der BeschwF. ist aber durch den Beschluß des LG. nicht schon deshalb beschwert, weil sein Rechtsmittel zu Unrecht als unzulässig verworfen ist, wenn es stattdessen als unbegründet zurückzuweisen war. Es bleibt daher zu prüfen, ob eine Zurückweisung ausgesprochen werden durfte.

Das FinA. kann seine Beschwerdebefugnis gegenüber der Entsch. des Registerrichters, da ihm eine dem § 126 FGG. entsprechende Vorschr. nicht zur Seite steht, nur auf die allgemeine Vorschr. des § 20 Abs. 1 FGG. stützen, wonach die Beschw. jedem zusteht, dessen Recht durch die anzufechtende Vfg. beeinträchtigt ist. Bei der Prüfung der Frage, ob eine solche Beeinträchtigung vorliegt, ist von dem eigenen Vorbringen des BeschwF. auszugehen. Aber auch dann ist die Beschwerdebefugnis des FinA. im vorl. Falle nicht anzuerkennen. Das FinA. hat zwar, nachdem der Präsident des LFinA. die allgemeine Zulassung des Dr. S. als Steuerbevollmächtigten widerrufen hatte, das Recht, den Genannten nunmehr seinerseits zurückzuweisen, was nach § 107 Abs. 6 RAbgO. zur Folge hat, daß die von dem letzteren gleichwohl noch vorgenommenen Handlungen ohne steuerrechtliche Wirkung sind. Es glaubt nun in Ausübung des Rechtes, für die Durchführung der von dem Präs. des LFinA. und von ihm selbst getroffenen Anordnungen zu sorgen, nicht zulassen zu dürfen, daß Dr. S. eine Handelsgesellschaft unter einer Firma eintragen lasse, die mit jenen Anordnungen in Widerspruch stehe. Dieser Versuch, die Beschwerdebefugnis zu begründen, scheitert jedoch daran, daß durch den bloßen Widerruf der allgemeinen Zulassung eines Steuerbevollmächtigten auch bei einer daraufhin grundsätzlich verfügten Zurückweisung seines weiteren Auftretens vor den Finanzbehörden für den Betroffenen noch nicht das Verbot begründet wird, sich als Steuerberater zu bezeichnen. Denn darunter ist — im Gegensatz zu einem Steuerbevollmächtigten — nichts weiter als eine Person zu verstehen, die anderen geschäftsmäßig Rat in Steuerangelegenheiten erteilt, auch wenn sie nicht gem. § 107 RAbgO. i. d. Fass. v. 22. Mai 1931 (RGBl. I, 161) und v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 257) zur Vertretung ihrer Auftraggeber vor den Finanzbehörden allgemein zugelassen ist. Das Ges. v. 6. Mai 1933 bezeichnet sich zwar als ein solches „über die Zulassung von Steuerberatern" und spricht auch in seinem Wortlaut (vgl. §§ 1, 2) davon, daß gewisse Personen nicht „als Steuerberater zugelassen" werden sollen. Es ist aber nicht anzunehmen, daß damit ein besonderer Berufsstand der „Steuerberater" geschaffen und maßgebend umgrenzt werden sollte. Die Bezeichnung kam in der RAbgO. bisher überhaupt nicht vor, wurde jedoch im Verkehr allgemein für Personen verwendet, die geschäftsmäßig andere in deren Steuerangelegenheiten berieten, ohne daß sie hierzu besonders zugelassen zu sein brauchten. Hätte nun in Änderung dieses Rechtszustandes den Steuerberatern im bisherigen Sinne, soweit sie nicht zugelassen sein würden, die Führung der Bezeichnung oder gar die ganze Ausübung ihrer beratenden Tätigkeit untersagt werden sollen, so hätte Anlaß bestanden, das in dem neuen Gesetz deutlich zum Ausdruck zu bringen. Das Gesetz regelt

Zu 4. Zu dieser Entsch. wird in einem ausführlichen zusammenfassenden Artikel, der in einem nächsten Hefte der JW. erscheinen wird, Stellung genommen werden. D. S.

aber ausdrücklich im wesentlichen nur die Frage der Zulassung von Nichtariern sowie von solchen Personen, die sich in kommunistischem Sinne betätigt haben, und besagt nichts darüber, daß ganz allgemein, was sehr einschneidend gewesen wäre, als Steuerberater sich nur noch die zugelassenen Personen sollten bezeichnen oder sollten betätigen dürfen. Lediglich das Auftreten gegenüber den Finanzbehörden wird eingeschränkt (vgl. § 3 des Ges.). Eine weitergehende Ansicht des Gesetzgebers ist auch aus der Begr. zu dem Gesetzentwurf (RStBl. 1933, 414) nicht zu entnehmen. Daß übrigens die Betätigung als nichtzugelassener Steuerberater im bisherigen Sinne grundsätzlich gestattet bleiben sollte, ergibt sich ferner aus der unveränderten Aufrechterhaltung des § 199 RAbgO., wonach eine solche Betätigung nur unter ganz besonderen Voraussetzungen untersagt werden kann, was im vorl. Falle nicht geschehen ist. Das FinA. erkennt demgemäß auch selbst. ausdrücklich an, daß Dr. S., solange ihm nicht die Ausübung seiner gewerbsmäßigen Tätigkeit in Steuersachen auf Grund des § 199 RAbgO. schlechthin untersagt sei, an der Führung der Bezeichnung „Steuerberater" nicht gehindert werden könne. Dann kann es aber auch nicht Aufgabe des Finanzamtes sein, die Aufnahme der Bezeichnung „Steuerberater" oder „Steuerberatung" in eine Firma zu verhindern, die der als Steuerbevollmächtigter nicht mehr zugelassene Steuerberater für seinen Gewerbebetrieb führen will. Ob der betr. Gewerbetreibende die Bezeichnung „Steuerberater" i. Verb. m. seinem bürgerlichen Namen oder i. Verb. m. seinem kaufmännischen Namen führt, muß vom Standpunkte des FinA. aus für unerheblich erachtet werden. Der BeschwF. sucht die gegenteilige Auffassung damit zu begründen, daß derjenige, der sich mit der gewerbsmäßigen Wahrnehmung fremder Steuerangelegenheiten befasse, deshalb noch kein gesetzlich begründetes Recht auf die Bezeichnung „Steuerberater" habe, daß er aber ein solches firmenrechtlich geltend machen könne, wenn er die Bezeichnung „Steuerberater" in einer Firma führe. Die Erlangung des Firmenrechtes hat indes auch sonst nicht zur Voraussetzung, daß der die Firma Annehmende ohnehin ein Recht auf die Führung einer darin enthaltenen Bezeichnung hat. Ferner ändert das Bestehen des allgemeinen Firmenschutzes hinsichtlich der Bezeichnung „Steuerberatung" nichts an der Rechtsstellung, die das FinA. dem Firmeninhaber gegenüber einnimmt. Insbesondere wird dem FinA., wie das LG. zutreffend ausgeführt hat, die Ausübung seines Aufsichtsrechtes in keiner Weise beschränkt.

Übrigens ist die in Frage stehende Firma auch nicht inhaltlich unzulässig. Sie könnte das nach § 18 Abs. 2 HGB. nur dann sein, wenn sie geeignet wäre, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäftsbetriebes oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Wenn aber, wie die weitere Beschw. selbst zugibt, als Steuerberater auch solche Personen sich zu bezeichnen pflegen, die zum Auftreten vor den Finanzbehörden nicht zugelassen sind, so kann dieselbe Bezeichnung bei der Aufnahme in eine Firma nicht den Anschein erwecken, daß der Firmeninhaber ein zugelassener Steuerberater sei.

Soweit das FinA. geltend machen will, daß das Gewerbe des BeschwF. kein Handelsgewerbe i. S. der §§ 1, 2 HGB. und deshalb nicht eintragungsfähig sei, fehlt ihm vollends ein Recht, das durch die unzulässige Eintragung einer Firma für den nicht eintragungsfähigen Gewerbebetrieb beeinträchtigt sein könnte. Zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses ist insoweit, wie der angefochtene Beschluß zutreffend hervorhebt, neben dem Registergericht nur die Industrie- und Handelskammer berufen.

(KG., ZivSen. 1 b, Beschl. v. 14. Juni 1934, 1 b X 230/34.) [Sch.]

Berlin — Oberlandesgerichte

1. § 91 ZPO. Schreibgebühren, d. h. eine Vergütung für die eigene Zeitversäumnis wegen Schreibarbeiten für den Prozeß stehen einer Partei nicht zu. Kosten der Kreditaufnahme nicht erstattungsfähig.

Die Zulässigkeit der Festsetzung auch von Zwangsvollstreckungskosten ist an sich nicht zu beanstanden (grundsätzl. Entsch. 20 W 8634/29 v. 14. Nov. 1929). Doch ergibt sich der Maßstab aus § 788 ZPO.: Eine Erstattungsfähigkeit kann auch hier nur wie im Falle des § 91 ZPO. für die Rechtsstreitkosten bejaht werden, sofern sie für die Vollstreckung des Anspruchs notwendig waren. Das ist für beide vom Kl. geltend gemachten Positionen zu verneinen.

Er verlangt als Vergütung für Schreibarbeiten im Laufe des Beugezwangsverfahrens für die von ihm gefertigten Schreiben für 120 Seiten 24 *RM*, indem er pro Seite eine Vergütung von 0,20 *RM* in Ansatz bringt. Es können indes den Parteien nur diejenigen Kosten erstattet werden, die sie tatsächlich für die Zwecke des Prozesses aufgewendet haben. Eine Vergütung für Zeitversäumnis wird aber nach der auch hier entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 91 ZPO. nur bei Reisen oder notwendiger Terminswahrnehmung gewährt. Für anderweite Zeitversäumnis kann jedenfalls im Kostenerstattungsverfahren die Festsetzung einer Entschädigung nicht verlangt werden (grundsätzl. Entsch. 20 W 8409/30 v. 6. Okt. 1930 bei Gaedeke, KostRspr. 1934 Nr. 270). Deshalb steht auch einer Partei für die Fertigung von Schreibarbeiten für die Zwecke des Prozesses eine Vergütung nicht zu, da sie sich in Wahrheit als Entschädigung für Zeitversäumnis darstellen würde.

Auch die Erwägung des Kl., daß er bei Inanspruchnahme einer Schreibkraft mindestens die gleichen Kosten hätte aufwenden müssen, greift nicht durch. Nur tatsächlicher Kostenaufwand, nicht aber fiktive Kosten, d. h. solche, die entstanden wären, wenn die Partei sich einer besonderen Hilfskraft bedient hätte, können erstattet werden, wobei stets auch noch die Frage offenbleibt, ob die Heranziehung einer besonderen Hilfskraft erforderlich gewesen wäre.

Auch der weitere Erstattungsanspruch ist unbegründet. Der Kl. hat ein Darlehen von 1000 *RM* aufgenommen und verlangt den Unterschied zwischen dem Zinsbetrag, den er der Gläubigerin zu entrichten hat, und den ihm ausgezahlten Hinterlegungszinsen als Vermögensschaden erstattet. Der Senat hat aber bereits in seiner grundsätzl. Entsch. 20 W 2695/34 v. 14. April 1934 (bei Gaedeke, KostRspr. 1934 Nr. 295) abgelehnt, die Unkosten einer Kreditaufnahme zwecks Sicherheitsleistung bei vorläufig vollstreckbarem Urteil als im Kostenfestsetzungsverfahren als Rechtsstreits- oder Zwangsvollstreckungskosten festsetzbar anzuerkennen. Dazu gehören also insbes. Zinsen für ein aufzunehmendes Darlehen im Gegensatz zu einem Zinsverlust, der durch Abhebung vom Bankkonto des Sicherheitsleistenden entsteht. Letzterenfalls ist die Möglichkeit der Erstattungsfähigkeit vom Senat anerkannt worden (grundsätzl. Entsch. 20 W 7734/29 v. 26. Sept. 1929 bei Gaedeke, KostRspr. 1934 Nr. 274). Der Hinweis der Beschw., daß ja auch die Kosten einer Bankbürgschaft nach herrschender Meinung erstattungsfähig seien und die Berechtigung eines Unterschieds zwischen Provision für eine solche Bürgschaft und Zinsen für ein Darlehen nicht ersichtlich sei, ist nicht durchschlagend. Nach der RSpr. des Senats gehören die Kosten einer Bankbürgschaft nur dann zu den notwendigen Rechtsstreitskosten, wenn das Gericht nach § 108 ZPO. diese Art Sicherheitsleistung ausdrücklich zugelassen hat (grundsätzl. Entsch. 20 W 4992/28 v. 5. Juni 1928 bei Gaedeke, KostRspr. 1934 Nr. 273).

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 27. Okt. 1934, 20 W 7306/34.)

*

2. §§ 903, 294 ZPO. Die Glaubhaftmachung des Vermögenserwerbes i. S. des § 903 ZPO. muß sofort unter Einreichung der Beweismittel unmittelbar dem Gericht gegenüber erfolgen. Eine Berufung auf Auskunftspersonen genügt nicht.

Der Schuldner hat der Verpflichtung zur Eidesleistung widersprochen, weil er bereits im Jahre 1931 den Offenbarungseid geleistet habe. Das AG. hat den Widerspruch zurückgewiesen.

Der Schuldner hat gegen diesen Beschluß die sofortige Beschw. erhoben. Das LG. hat den Antrag des Gläubigers auf Abnahme des Offenbarungseides zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich die weitere sofortige Beschw. des Gläubigers. Sie kann keinen Erfolg haben. Gem. § 903 ZPO. ist der Schuldner zur nochmaligen Eidesleistung innerhalb der im § 903 Abs. 2 ZPO. vorgesehenen Frist nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe. Als Mittel der Glaubhaftmachung sind nun nach § 294 ZPO. zwar alle Beweismittel zulässig. Allein eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft (§ 294 Abs. 2 ZPO.). Dies bedeutet, daß in einem Verfahren wie dem Offenbarungseidsverfahren der Gläubiger die entsprechenden Beweismittel (Urkunden, eidesstattliche Versicherung) unmittelbar dem Gericht einzureichen hat. Der Gläubiger hat nun zwar in der sofortigen weiteren Beschw. behauptet, daß der Schuldner mit Hilfe von Vorschüssen seitens seiner Arbeitgeberin das Auto selbst erworben habe. Allein der Gläubiger hat sich an Stelle der Überreichung entsprechender Beweisurkunden zum Beweise seiner Behauptung lediglich auf die Auskunft der Arbeitgeberin des Schuldners berufen. Dies ist keine Glaubhaftmachung. Der von ihm vorgetragene Grund, dessen tatsächlichen Inhalt der Schuldner im übrigen bereits in den früheren Instanzen bestritten hat, kann demnach nicht berücksichtigt werden.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 2. Okt. 1934, 8 W 6794/34.)
Ber. von LGDir. u. AGR. Dr. Heise, Berlin.

*

Düsseldorf

3. § 124 Abs. 2 ZPO. Der Armenanwalt muß eine Zahlung der unterlegenen Partei an die arme Partei ebenso wie eine Aufrechnung derselben, die nach Erwirkung eines vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschlusses durch die arme Partei und vor Umschreibung des Beschlusses auf den ArmAnw. erfolgt ist, gegen sich gelten lassen. †)

(OLG. Düsseldorf, 6. ZivSen., Beschl. v. 9. Mai 1934, 6 W 73/34.)
Abgedr. JW. 1934, 2713[5].

Zu 3. A. Anm. Gaedeke, ebenda.

B. Im Gegensatz zur Meinung des Herrn KGR. Dr. Gaedeke

Hamburg

4. § 6 Abs. 1 GKG. Ein mitwirkendes Verschulden der Partei oder ihrer Vertreter schließt die Niederschlagungspflicht im Gegensatz zum früheren Recht nicht aus.

Seit der Nov. v. 21. Dez. 1922 ist gem. § 6 Abs. 1 GKG. die Niederschlagung der Gebühren und Auslagen obligatorisch, wenn sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären. Ein mitwirkendes Verschulden der Parteien oder ihrer Vertreter schließt die Niederschlagungspflicht im Gegensatz zum früheren Recht nicht aus. Nur wenn die Parteien selbst durch unrichtige Angaben oder falsche Prozeßführung die unrichtige Behandlung der Sache verursacht haben, kommt eine Niederschlagung nicht in Betracht. Wie in dem landgerichtlichen Urteil jedoch festgestellt ist, beruht der Erlaß des Versäumnisurteils auf einem Versehen des Richters, der trotz des Antrages der Kl. wegen Nichteinhaltung der Ladungsfrist das Versäumnisurteil nicht hätte erlassen dürfen.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 19. Okt. 1934, Bs Z I 352/34.)

Ber. von RA. Dr. Bukow, Hamburg.

*

Kiel

5. ArmAnwG. Hält der ArmAnw. nach pflichtgemäßem Ermessen die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins für geboten, so kann er Reisekostenersatz aus der Staatskasse beanspruchen.

Der RA. X. war im Ehescheidungsprozeß der Bekl. als ArmAnw. beigeordnet. Er hat den vor dem ersuchten Richter anberaumten Termin, in dem der Zeuge B. über Liebesbeziehungen zwischen sich und der Bekl. gehört wurde, wahrgenommen und beansprucht nunmehr Reisekostenersatz aus der Staatskasse. Das Gericht hat infolge der Beweisaufnahme angenommen, daß die Bekl. mit B. die Ehe gebrochen hat. Der Erinnerung des ArmAnw. gegen die Ablehnung seines Anspruchs ist stattgegeben:

Auf Grund des ArmAnwG. erhält der ArmAnw. aus der Staatskasse grundsätzlich die Gebühren und Auslagen erstattet, welche ihm die eigene Partei gewähren müßte, falls ihr das Armenrecht nicht bewilligt wäre. Zweifellos wäre im vorl. Falle die Bekl., die ihrem RA. nicht die Wahrheit gesagt hatte, verpflichtet, ihrem RA. die Reisekosten zu ersetzen, wenn ihr das Armenrecht nicht bewilligt gewesen wäre. Denn vom Standpunkte des RA. aus war die Vernehmung des Zeugen B. für die Entsch. des Rechtsstreits von entscheidender Bedeutung. Von seinem Standpunkt aus war also bei pflichtgemäßer Würdigung der Prozeßlage die Wahrnehmung des Beweistermins und damit die Reise dringend erforderlich. Daraus folgt, daß X. die Reisekosten aus der Staatskasse ersetzt verlangen kann; denn bei pflichtgemäßem Ermessen war von seinem Standpunkt aus — und darauf muß es in diesem Falle ankommen — die Reise erforderlich.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 19. Juli 1934, 2a EL 16/34.)

*

Köln

6. § 84 HGB. Zum Begriff des Tankvertrages. Regelmäßig ist der Tankstellenwart Handlungsagent der den Treibstoff liefernden Firma.

Die Grundlage des von der Kl. geltend gemachten Anspruchs bilden die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge. Hiernach beschränkte sich die Pflicht des Bekl. auf die Überlassung des für die Errichtung der Tankstelle erforderlichen Raumes, die Obhut für die Tankstelle und die darin befindliche Ware sowie den Verkauf des Betriebsstoffes, den Abruf der umzusetzenden Mengen Betriebsstoff und die Abführung des Verkaufserlöses unter Abzug seines Entgelts. Das Risiko der Preisschwankung in Benzin und Benzol übernahm die Kl. Der eigentliche wirtschaftliche Zweck war der Verkauf der Automobilbetriebsstoffe der Kl. durch den Bekl. Dies gibt dem Bekl. eine Funktion, die sonst der Verkaufsagent erfüllt. Wenn auch nach § 1 des „Zapfanlagevertrages" der Verkauf des Brennstoffs durch den Bekl. auf eigene Rechnung erfolgen sollte, so erscheint für Dritte doch die Kl. als Vertragspartnerin der Käufer. Aber auch im Innenverhältnis zwischen der Kl. und dem Bekl. ist der Bekl. nicht als Käufer des Betriebsstoffes anzusehen, sondern nach dem wirtschaftlichen Sinn dieses Vertrages als Verkaufsagent, trotz der Best., daß der Verkauf auf eigene Rechnung des Bekl. erfolgen sollte.

Die Kl. steht auf dem Standpunkt, daß der Bekl. wegen der Best. in § 12 des Zapfanlagenvertrages sich nach Festsetzung der gelieferten Mengen in den Lieferscheinen nicht mehr darauf berufen könne, er habe tatsächlich weniger geliefert erhalten, als auf den Lieferscheinen vermerkt sei.

(§ 12: Die S. übergibt dem Kunden bei jeder Anlieferung einen Lieferschein, dessen Mengenangabe als richtig anzusehen ist, es sei denn, daß der Kunde gleich bei der Übergabe den Nachweis der Unrichtigkeit erbringt. Für die festgestellten Mengen ist der Kunde verantwortlich.)

Dies kann jedoch nur dann richtig sein, wenn der Bekl. tatsächlich die aus dem Tankwagen entnommenen Mengen sofort nachmessen konnte. Es kam nach der Sachlage nur eine Nachmessung mittels Peilstabes in Frage. Die Kl. hat selbst ausgeführt, daß der Peilstab nur dann ungefähr richtige Ergebnisse ergebe, wenn der Peilstab auf den einzelnen Tank, bei welchem er verwendet wird, abgestimmt ist und die Peilung von einem darin geübten Manne sorgfältig vorgenommen wird. Daß die Nachmessung mittels Peilstab durch den Bekl., der als Schmied darin sicher keine geübte Hand haben konnte, zweckmäßig war oder überhaupt hätte erfolgen können, muß somit verneint werden. Hatte der Bekl. aber nicht die Möglichkeit, mit dem Peilstab die in die Tanks eingefüllten Mengen nachzumessen, dann kann sich die Kl. auch nicht darauf berufen, daß durch § 12 des „Zapfanlagenvertrages" dem Bekl. die Möglichkeit genommen sei, sich darauf zu berufen, die Kl. habe weniger geliefert, als sie ihm in Rechnung gestellt hätte. Bei dieser Sachlage kann dieser Best. nur die Bedeutung zukommen, daß der Bekl. die Beweislast dafür hat, daß die Kl. weniger, als in den Lieferscheinen angegeben, geliefert hat.

(OLG. Köln, 3. ZivSen., Urt. v. 8. Aug. 1934, 3 U 24/33.)

Ber. von RA. Dr. Plum, Köln.

*

7. § 829 ZPO. Die zukünftigen Ansprüche eines Fuhrunternehmers gegen seine etwaigen Auftraggeber sind nicht pfändbar. †)

Voraussetzung für die Wirksamkeit der Pfändung künftiger Forderungen ist, daß bereits gegenwärtig eine Beziehung zwischen Schuldner und Drittschuldner vorhanden ist. Selbst wenn man dieses

---

besteht auch de lege lata ein ausreichender Schutz des Armenanwalts gegenüber einer hinter seinem Rücken eingeleiteten Kostenfestsetzung durch die arme Partei selbst.

Auszugehen ist nicht von § 124 ZPO. (dessen zweifelsfreier Abs. 2 übrigens eine Durchbrechung des darin aufgestellten Grundsatzes schwerlich zuläßt!), sondern von den Vorschriften über die Kostenfestsetzung als solche.

Nach § 103 Schlußsatz ZPO. sind dem Festsetzungsgesuch „die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege" beizufügen. Es bedarf mithin bei Kostenanträgen armer Parteien eines entsprechenden Zahlungsbelegs, wenn der Antrag ausnahmsweise die Anwaltskosten mit umfaßt. Die im Abs. 2 Satz 1 von § 104 ZPO. enthaltene scheinbare Einschränkung auf bloße „Glaubhaftmachung" kann selbstredend vom Erfordernis der Belegbeibringung nicht gänzlich befreien, stellt nur die Art der Belegung, als welche notfalls auch eine eidesstattliche Versicherung dienen könnte, in das pflichtmäßige Ermessen des U. d. G., der in einem derartigen Falle mit besonderer Vorsicht vorzugehen haben wird bei Meidung der Selbst- bzw. Staatshaftung.

RA. Tackmann, Clausthal-Zellerfeld.

C. RA. Tackmann gibt dem § 103 ZPO. „die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen" eine zu weite Auslegung, ohne die nähere Ergänzung im § 104 Abs. 2 heranzuziehen. Beide Gesetzesstellen sprechen von Ansätzen, nicht, wie RA. Tackmann sagt, von „Zahlungsbelegen". Nur die Ansätze sind glaubhaft zu machen, und zwar kann dies erfolgen: 1. durch Versicherung (§ 104 ZPO.), 2. durch die Gerichtsakten. Diese geben allgemein, insbes. durch die Protokolle, den Prozeßhergang, der Anwalts- und Gerichtsgebühren entstehen läßt, wieder. 3. Ausnahmsweise durch Zahlungsnachweis, z. B. bei Gerichtskosten (bei denen es nämlich mehrere Zahlungsverpflichtete gibt [§§ 77, 79, 84 DGKG.], deren Inanspruchnahme aber von Maßnahmen der Staatskasse abhängt) und allgemein bei Auslagen der Partei.

Sind aber die von der Partei im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemachten Ansätze belegt und gerechtfertigt, so muß der Urkundsbeamte dem gestellten Antrage auf Kostenfestsetzung stattgeben, auch ohne Quittung des Anwalts und ohne Rücksicht auf das Recht des Armenanwalts aus § 124 ZPO., solange dieses nicht geltend gemacht ist.

Es ist also rechtsirrtümlich, wenn RA. Tackmann glaubt, aus § 103 ZPO. bereits einen genügenden Schutz des Armenanwalts herauslesen zu können. Die allgemeine und rechtlich einwandfreie Praxis der mit der Kostenfestsetzung betrauten Urkundsbeamten läßt vielmehr die bloße Entstehung von Anwaltskosten genügen, um diese der antragstellenden Partei festzusetzen. Dies bestätigt ja gerade die von KGR. Dr. Gaedeke besprochene Entsch. des OLG. Düsseldorf.

Justizinspektor Götze, Berlin.

Zu 7. Die Entsch. läßt nicht mit Sicherheit erkennen, ob die Drittschuldner zu dem Schuldner in regelmäßiger Geschäftsverbindung standen oder nicht. Darauf, ob die Drittschuldner verpflichtet sind, sich bei Bedarf des Schuldners zu bedienen oder nicht, kommt

Erfordernis so weit auslegt, daß jede auch nur tatsächliche Beziehung, die mit einiger Sicherheit bestimmte vermögensrechtliche Ansprüche erwarten läßt, ausreichend ist, so ist dies vorliegend nicht der Fall. Es mag sein, daß sich die Drittschuldner bei Bedarf der Schuldner, die Inhaber eines Fuhrgeschäfts sind, bedienen, ohne daß jedoch eine Bindung der Drittschuldner in dieser Hinsicht besteht. Diese Möglichkeit kann aber nach der Sachlage noch nicht als eine gegenwärtige Beziehung angesehen werden, die die Grundlage für zukünftige Forderungen abgibt.

Mit Recht hat daher das LG. unter diesen Umständen die Pfändung der noch nicht zur Entstehung gelangten Forderungen der Schuldner als unwirksam angesehen und insoweit den amtsgerichtlichen Pfändungs- und Überweisungsbeschl. aufgehoben.

(OLG. Köln, 1. ZivSen., Beschl. v. 18. Okt. 1934, 1 U 357/34.)

Berlin

Landgerichte

1. § 7 GenG. **Die Einzahlungsansprüche auf den Geschäftsanteil, die der Genossenschaft gegen den Genossen zustehen, sind auch dann unpfändbar, wenn sich die Genossenschaft in Liquidation befindet.**

Die Gläubigerin hat auf Grund eines Urteilstitels die Pfändung und Überweisung der angeblichen Ansprüche der Schuldnerin gegen zwei Genossen auf Zahlung von Geschäftsanteilen beantragt. Durch den angefochtenen Beschluß hat der Rechtspfleger den Antrag zurückgewiesen. Die Gläubigerin hat gegen diesen Beschluß rechtzeitig die Entsch. des AG. nachgesucht. Das AG. hat das Gesuch gem. § 577 Abs. 4 ZPO. dem BeschwG. vorgelegt.

Die Einzahlungsansprüche auf den Geschäftsanteil, die der Genossenschaft gegen die Genossen zustehen, sind nach der Entsch. des RG. v. 15. Jan. 1932 (RG. 135, 55 [1])) weder abtretbar noch pfändbar.

Die angeführte Entsch., der sich das LG. anschließt, spricht dies zwar nur für bestehende Genossenschaften aus. Für aufgelöste, sich im Liquidationsstadium befindende Genossenschaften gilt jedoch nichts anderes. Das RG. folgert die Unpfändbarkeit der Einzahlungsansprüche auf den Geschäftsanteil vor allem daraus, daß das Gesetz mit Rücksicht auf das Wesen der Genossenschaften als Hilfsorganisationen für ihre Mitglieder — die im besonderen auf die Verhältnisse der minderbemittelten Bevölkerungskreise zugeschnitten sind und auch den wirtschaftlich schwachen Volksteilen zugänglich sein sollen — diesen die Einführung und Ausgestaltung der Einzahlungspflicht überlassen hat (RG. a. a. O. S. 59/60). § 7 Abs. 2 GenG. schreibt eine Einzahlungspflicht nur in Höhe von 1/10 des Geschäftsanteiles vor, während die Einzahlungspflicht im übrigen der Beschlußfassung der GenVers. anheimgegeben ist. Bezüglich der gesetzlichen Pflichteinzahlungen ist die Fälligkeit und der Betrag der Zahlungen der Best. durch die Satzung überlassen. Die Genossenschaft ist also in der Lage, auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Genossen bei der Einforderung der Einzahlungen auf den Geschäftsanteil Rücksicht zu nehmen. Dies gilt auch für die Einzahlungsrückstände, da das GenG. abweichend von § 19 GmbHG. ein Stundungsverbot für die fälligen Beträge nicht enthält. Der Genosse würde daher, wenn er infolge der Pfändung der Einzahlungsforderung einem Dritten gegenüberstehen würde, ungünstiger gestellt sein. Mit der Auflösung der Genossenschaft erlöschen zwar die noch nicht fälligen Einzahlungsforderungen (RG. 73, 410 [2]); Parisius-Crüger-Citron, GenG., § 7 Anm. 28). Die Ansprüche auf Zahlung der Einzahlungsrückstände bleiben jedoch bestehen. Da das GenG. auch im Liquidationsstadium der Genossenschaft ein Stundungsverbot für die Einzahlungsrückstände nicht ausgesprochen hat, sind die Liquidatoren in der Lage, soweit dies der Zweck der Liquidation gestattet, dem einzelnen Genossen auch während der Liquidation den rückständigen Betrag ganz oder teilweise zu stunden. Da die Genossenschaft somit in der Lage ist, auch während des Liquidationsstadiums auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des einzelnen Genossen bei der Beitreibung der Einzahlungsrückstände Rücksicht zu nehmen, kann die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit der Einzahlungsrückstände nicht anders als vor der Auflösung der Genossenschaft beurteilt werden.

Daß die Beitreibung der Forderungen der Gläubiger der Genossenschaft durch die Unpfändbarkeit der Einzahlungsrückstände im Liquidationsstadium unmöglich wird, kann nicht anerkannt werden. Die Gläubiger können auch nach der Auflösung der Genossenschaft, solange die Liquidation nicht beendet ist, die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen (§ 98 Abs. 2 GenG.). Falls das noch vorhandene Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht, müssen die erforderlichen Mittel durch Einforderung der Nachschüsse von den Genossen beschafft werden.

Da die Gläubigerin den Pfändungs- und Überweisungsantrag nur auf die Einzahlungsforderungen der Schuldnerin gegen zwei ihrer Genossen gerichtet hat, würde, selbst wenn die Pfändung der Einzahlungsrückstände grundsätzlich zulässig wäre, der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter, der auch das Recht der Genossenschaften beherrscht (RG. a. a. O. S. 58) verletzt werden. Daß die Genossenschaft beschlossen hat, von sämtlichen Genossen die Einzahlungsrückstände einzuziehen und gegen einige der Genossen Klage erhoben hat, genügt zur Wahrung dieses Grundsatzes nicht, da nicht sicher ist, daß die Beitreibung auch tatsächlich, notfalls zwangsweise erfolgt. Die Gläubigerin müßte vielmehr die Pfändung und Überweisung der Einzahlungsforderung gegen sämtliche Genossen in Höhe eines entsprechenden Teilbetrages beantragen.

(LG. Berlin, 57. ZK., Beschl. v. 15. Aug. 1934, 257 T 11599/34.)

Ber. von AGR. Schoeneich, Berlin.

*

2. § 831 ZPO.; § 2 DevVO. **Die Pfändung einer Wechselforderung erfolgt nur gemäß § 831 ZPO. Die statt dessen beantragte Pfändung des dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Anspruchs auf Herausgabe des Wechsels ist unzulässig. Zur Überweisung eines gepfändeten auf ausländische Währung lautenden Wechsels ist der Nachweis der Devisengenehmigung erforderlich. Die Überweisung eines Wechsels, dessen Verpflichteter ein im Auslande wohnender Ausländer ist, ist unzulässig.**

Die Gläubigerin hat vorgetragen, daß sie für den Schuldner einen Wechsel über 1230 Schweizer Franken, aus dem eine in Luzern befindliche AktG. verpflichtet sei, im Besitz habe, und hat beantragt, wegen eines ihr gegen den Schuldner zustehenden Anspruchs die Wechselforderung und den Herausgabeanspruch des Schuldners gegen sie selbst zu pfänden und ihr an Zahlungs Statt zum Nennwert zu überweisen. Durch den angef. Beschl. ist der Antrag zurückgewiesen worden. Die Beschw. ist nicht begründet.

In welcher Weise eine Forderung aus einem Wechsel gepfändet wird, bestimmt § 831 ZPO. in unzweideutiger Weise. Die Pfändung kann nur so erfolgen, daß der Gerichtsvollzieher den Wechsel in Besitz nimmt. Ob er sich bereits im Besitze des Gläubigers befindet, ist gleichgültig, ebenso unerheblich ist, ob der Gerichtsvollzieher jederzeit den Besitz ergreifen kann; solange er ihn nicht ergriffen hat, liegt eben keine Pfändung vor. Ein Beschl. des VollstrGer., der die Pfändung der Forderung auf den Wechsel ausspricht, ist unzulässig und wirkungslos.

Der Antrag der Gläubigerin, ihr die Wechselforderung zur Einziehung zu überweisen, scheitert daher schon daran, daß es bisher an einer Pfändung fehlt. Diese kann auch nicht dadurch ersetzt werden, daß die Gläubigerin den Anspruch des Schuldners gegen sie auf Herausgabe des Wechsels pfänden und überweisen läßt. Damit erwirbt sie nur den Anspruch auf Herausgabe des Wechsels, nicht aber ein Pfandrecht an ihm. Zu diesem ist aber immer die Inbesitznahme des Wechsels erforderlich.

Von diesem Bedenken abgesehen, wäre aber die Überweisung, wie das AG. mit Recht hervorgehoben hat, mangels Nachweises der Devisengenehmigung unzulässig. Zwar bedarf die Gläubigerin als Deviseninländerin zur Vollstreckung gegen den Devisenausländer an sich nicht der Genehmigung. Der auf ausländische Währung lautende Wechsel ist aber ein ausländisches Zahlungsmittel (§ 2 DevVO.). Der Gerichtsvollzieher kann zwar den Wechsel im Pfändungswege ohne

---

es m. E. nicht an, sondern nur, ob das Verhältnis zwischen den Drittschuldnern und dem Schuldner ein solches ist, daß es unter normalen Verhältnissen weitere Forderungen erwarten läßt. Denn die Zulässigkeit der Pfändung künftiger Forderungen ist allein nach der ausreichenden Bestimmbarkeit solcher Forderungen, nicht aber danach zu beurteilen, ob die Pfändung voraussichtlich Erfolg haben wird oder nicht. Auch bei Lohnansprüchen wird oft eine Pfändung erfolglos sein, dann nämlich, wenn der Arbeitnehmer mit Rücksicht auf die Pfändung entlassen wird, was oft genug vorkommen dürfte. Wenn nun jemand sich bei nur gelegentlichem Bedarf, also in vereinzelten Fällen, eines Autofahrbetriebes bedient, so ist das kein ausreichend bestimmbares Verhältnis (sonst könnte man gegen sämtliche Auftraggeber, die einem solchen Betrieb schon einmal einen Auftrag erteilt haben, eine Pfändung ausbringen). Wenn aber z. B. ein Bauunternehmer seine sämtlichen Transporte durch einen bestimmten Fuhrunternehmer ausführen läßt, vielleicht sogar zu ermäßigten Preisen und mit Abrechnung zu bestimmten Daten, so ist wirklich nicht einzusehen, weshalb nicht auch die künftigen Forderungen aus solcher Geschäftsverbindung sollten gepfändet werden können. Entscheidend ist daher m. E. stets die tatsächliche Lage des einzelnen Falles.

Übrigens dürften etwaige Bedenken gegen eine so weitgehende Zulassung der Pfändung künftiger Forderungen durch das neue Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Zwangsvollstreckung v. 24. Okt. 1934, insbes. die jetzigen §§ 850 b u. e ZPO. mit ihrem weitgehenden Vollstreckungsschutz, an Bedeutung verloren haben.

RA. Dr. Bartels, Bochum.

[1]) JW. 1932, 733. [2]) JW. 1910, 763.

Genehmigung in Besitz nehmen, er hat dann aber damit so zu verfahren, wie nach den Vorschr. der Devisengesetzgebung mit ausländischen Zahlungsmitteln zu verfahren ist, d. h. er hat ihn der Reichsbank anzubieten. Nur wenn diese den Ankauf ablehnt, käme die Überweisung überhaupt in Frage. Dann wäre aber die erwähnte Erwerbsgenehmigung erforderlich, und selbst wenn man aus irgendwelchen Gründen den Wechsel nicht als ausländisches Zahlungsmittel ansehen wollte, wäre, wenn nicht einer der bereits von dem AG. erwähnten, bisher nicht dargelegten Ausnahmetatbestände vorliegt, immer noch die Genehmigung nachzuweisen, weil die Übertragung der Wechselforderung eine Verfügung über devisenrechtlich inländisches Vermögen des Devisenausländers darstellt, zu der er der Genehmigung bedarf, auch wenn diese Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt (§ 28 Satz 2 DevVO.).

Endlich würde die Überweisung auch deshalb unzulässig sein, weil der Wechselverpflichtete, d. h. der Drittschuldner, ein Ausländer ist, der im Auslande wohnt und der deutschen Gerichtsbarkeit nicht unterliegt, dem also nach ständiger Rspr. die deutschen Gerichte nicht eine Handlung verbieten bzw. gebieten können, hinsichtlich deren er ihrer Gerichtsgewalt nicht unterworfen ist. Es würde auch nichts nützen — selbst wenn das statthaft wäre —, die Überweisung auf das Gebiet des Deutschen Reiches zu beschränken. Einmal ist in keiner Weise behauptet und auch sonst nicht zu ersehen, daß der Drittschuldner die Wechselverbindlichkeit innerhalb Deutschlands zu erfüllen hat. Weiter ist die Überweisung aber nur rechtswirksam, wenn und sobald sie dem Drittschuldner zugestellt ist (§§ 29 Abs. 3, 835 ZPO.). Diese Zustellung müßte durch Ersuchen ausländischer Behörden erfolgen; deren Vermittlung wird von der Justizverwaltung in ständiger Praxis abgelehnt.

Ist demnach das Gesuch um Überweisung der Wechselforderung abzulehnen, so kann auch andererseits dem Antrag auf Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs nicht stattgegeben werden. Da der Wechsel sich im Gewahrsam der Gläubigerin befindet und sie selbst sagt, daß der Gerichtsvollzieher ihn jederzeit bei ihr wegnehmen könne, sie also zur Herausgabe bereit ist, kann die Pfändung des Wechsels jederzeit nach § 809 ZPO. erfolgen, trotzdem er nicht im Gewahrsam des Schuldners steht. Infolgedessen ist nicht einzusehen, welches Rechtsschutzinteresse an der beantragten Pfändung und Überweisung bestehen soll. Außerdem fehlt es auch hier an der Devisengenehmigung, denn die Vollstreckung stellt eine Verfügung über einen im Inlande befindlichen vermögensrechtlichen Anspruch des Devisenausländers dar, ist also wegen ihres Gegenstandes genehmigungspflichtig (§ 28 Satz 2 DevVO.).

(LG. Berlin, 9. ZK., Beschl. v. 29. Sept. 1934, 209 T 13813/34.)

Ver. von LGDir. u. AGR. Dr. Heise, Berlin.

*

Göttingen

3. §§ 1 Ziff. 6, 105, 383 ff. HGB. Für die Kaufmannseigenschaft (Kommissionär) entscheidet, ob der Inhaber in „eigenem" Namen auftritt. Unerheblich ist es, ob der Kommissionär intern im Verhältnis eines Handlungsgehilfen zum Kommittenten steht. †)

Die Firma B. und B. ist als OHG. in das Handelsregister eingetragen. Ist die Firma eine solche nach § 105 HGB., so entspricht die Eintragung dem gesetzlichen Erfordernis des § 106 HGB. Ist sie dagegen keine OHG., so ist ihre Eintragung unzulässig. Eine Gesellschaft ist dann eine OHG., wenn ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet und bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist. Was unter einem Handelsgewerbe zu verstehen sei, bestimmt § 1 Ziff. 1 bis 9 HGB. Zu den Handelsgewerben gehören nach § 1 Ziff. 6 HGB. auch die Geschäfte der Kommissionäre. Nach dem vorgelegten Vertrage ist die Firma B. und B. Kommissionärin, denn sie verkauft im eigenen Namen für Rechnung der Firma R. in Hamburg die Waren dieser Firma.

Das AG. glaubt die Unzulässigkeit der Eintragung der Firma B. und B. daraus herleiten zu müssen, daß die Firma B. und B. wirtschaftlich nicht selbständig sei, sondern durch den vorgelegten Vertrag derart von der Firma R. abhängig sei, daß sie in Wahrheit nur ein unselbständiges Zweiggeschäft der Firma R. darstelle. Es ist richtig, daß auch der Kommissionär in firmen- und handelsrechtlichem Sinne selbständig sein muß. Denn § 383 HGB. bezeichnet als Kommissionär nur den, der es gewerbsmäßig übernimmt, Kommissionsgeschäfte abzuschließen. Ein Gewerbe betreibt nur derjenige, welcher eine auf dauernden Erwerb gerichtete, als solche nach außen hervortretende Tätigkeit selbständig entfaltet (vgl. Düringer-Hachenburg, Anm. 3 zu § 1 HGB.). Den Begriff der „Selbständigkeit" hat indessen sowohl das AG. als auch die Industrie- und Handelskammer verkannt. Selbständig treibt ein Gewerbe, wer im eigenen Namen persönlich oder durch einen Vertreter entweder für seine Rechnung oder als mittelbarer Stellvertreter für fremde Rechnung eine gewerbliche Tätigkeit ausübt, so daß er rechtlich Träger der durch den Betrieb entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten ist (Düringer-Hachenburg, Anm. 6 zu § 1 HGB.). Selbständigkeit im handelsrechtlichen Sinne ist daher durchaus nicht gleichzusetzen einer wirtschaftlichen Selbständigkeit und Unabhängigkeit. Wesentlich ist vielmehr das Ausüben der Tätigkeit im eigenen Namen und rechtliche Trägerschaft der dadurch entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten. Es ist anerkannten Rechtens, daß sogar derjenige selbständiger Kaufmann und deswegen in seiner Firma eintragungsfähig ist, der das Gewerbe für Rechnung und nach Weisung eines andern als dessen Handlungsgehilfe betreibt, nach außen aber als Inhaber des Handelsgeschäftes und der Firma auftritt und Träger von Rechten und Pflichten der Firma wird (RG. 99, 159).

Beim Kommissionär ist es geradezu gesetzliches Erfordernis, daß er für fremde Rechnung handelt und von den Weisungen seines Auftraggebers abhängig ist (§§ 383, 384 HGB.). Der Kommissionär ist also niemals unabhängig. Es ist auch nicht gesetzliche Vorschr., daß nur derjenige Kommissionär ist, der sich allgemein für jedermann zur Übernahme von Kommissionsaufträgen bereit hält. Zulässig und praktisch häufig ist der Fall, daß jemand ständig damit betraut wird, für Rechnung eines einzigen Auftraggebers Waren im eigenen Namen zu verkaufen. In diesem Fall (sog. Agenturkommission) wird sich das Verhältnis der Parteien zueinander in der Regel nach den Vorschr. über das Recht der Handlungsagenten bestimmen, nach außen aber bleibt der Beauftragte stets Kommissionär, weil er im eigenen Namen

---

Zu 3. Der Entsch. muß widersprochen werden, weil sie die Grenze zwischen „Kaufmann" und „Handlungsgehilfe" verwischt.

Nach § 1 Abs. 1 HGB. ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt". Nach Abs. 2 a. a. O. Ziff. 6 gelten als Handelsgewerbe „die Geschäfte der Kommissionäre". Kommissionär ist, „wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines andern (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen" (§ 383 HGB.). Der Kommissionär ist als „Kaufmann" in handelsrechtlichem Sinne selbständig.

Unselbständig in handelsrechtlichem Sinne ist dagegen der „Handlungsgehilfe". Dieser ist „in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt" (§ 59 HGB.). Er betreibt also nicht ein eigenes Handelsgewerbe, sondern das Handelsgewerbe eines andern, des Prinzipals, in dessen Namen.

Richtig ist, daß es für den Begriff des „Handelsgewerbes" nicht auf die Frage des Eigentums an Waren und Betriebsmitteln ankommt. Denn „Handelsgewerbe" ist lediglich „fortgesetzte wirtschaftliche Tätigkeit mit Gewinnabsicht": diese läßt sich ausüben auch bei persönlicher Vermögenslosigkeit. Richtig ist ferner, daß unerheblich ist, wer die Preise festsetzt. Denn auch unter festgesetzten oder tarifierten Preisen läßt sich gewinnbringende wirtschaftliche Tätigkeit fortgesetzt ausüben. Unrichtig aber ist der Ausgangspunkt des LG., daß derjenige, der nach außen hin als Inhaber auftritt, obwohl er nach innen Handlungsgehilfe ist, selbständiger Kaufmann und eintragungsfähig sei. Das ist ein Widerspruch in sich selbst und begründet da, wo dies festgestellt wird, den Verdacht einer Strohmanngründung. In solchen Fällen reicht das Handeln „im eigenen Namen" nicht aus zur Feststellung der Kommissionärseigenschaft.

Die Berufung auf RG. 99, 159 ist verfehlt. Denn diese behandelt die Treuhandübertragung. Es ist eine andere — hier nicht zu erörternde — Frage, ob man einem Handlungsgehilfen ein Geschäft zu treuen Händen „übertragen" kann und dieser durch den Übertragungsakt Inhaber wird, oder ob ohne irgendeinen Übertragungsakt ein Handlungsgehilfe Kaufmann ist. Ein Handlungsgehilfe ist ebensowenig lediglich deshalb, weil er in eigenem Namen auftritt, „Kaufmann", wie eine Wachspuppe ein Mensch deshalb ist, weil sie wie ein Mensch aussieht: es kommt auf die innere Struktur an. Auch der Stellvertreter, dessen Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt, ist nicht schon deshalb, weil er für die Folgen seines Handelns einstehen muß, „Kaufmann" (§ 164 Abs. 2 BGB.). Es ist stets zu trennen: die zivilrechtliche und handelsregisterrechtliche Seite. Das RG. hat in jener Entsch. lediglich zivilrechtliche Fragen entschieden. Das LG. hatte eine handelsregisterrechtliche Frage zu entscheiden: ob die Beteiligten „Kaufleute" sind als Kommissionäre oder nicht und verneinendenfalls im Handelsregister zu löschen waren.

Infolgedessen mußte die gesamte innere Struktur der Beziehungen der Beteiligten zum angeblichen Kommittenten untersucht und aufgedeckt werden. Dazu genügen negative Feststellungen, daß sich aus bestimmten Tatsachen zwingende Schlüsse nicht

auftritt. Unter Umständen kann in solchen Fällen die Abhängigkeit des Beauftragten derart sein, daß er als Handlungsgehilfe anzusehen ist und sich seine Rechte dem Auftraggeber gegenüber nach dem Recht der Handlungsgehilfen bestimmen. Trotzdem bleibt er, solange er im eigenen Namen auftritt, Kommissionär und selbständig im handelsrechtlichen Sinne (vgl. Staub, Komm. zu § 383 HGB. Anm. 3).

Mag daher durch den fraglichen Vertrag die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Firma B. und V. auch sehr eingeengt sein, für die Frage der Eintragungsfähigkeit ist dies ohne Belang, da aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß die Firma etwa im fremden Namen auftritt. Vielmehr ergibt sich daraus, daß in dem Vertrage von Kommission die Rede und Firmeneigenschaft und Eintragung in das Handelsregister vorausgesetzt ist, daß die Firma in eigenem Namen auftritt. Auch das Ladengeschäft der Firma B. und V. ist, wie gerichtsbekannt ist, durch die Angabe der Firma kenntlich gemacht und die Namen der Gesellschafter sind vorschriftsmäßig angebracht.

Die einzelnen Punkte, welche in dem angefochtenen Beschlusse und dem Gutachten der Industrie- und Handelskammer zum Beweise dafür angeführt werden, daß die BeschwF. kein selbständiges Handelsgewerbe betreibt, sind für die Frage der Kommissionäreigenschaft der BeschwF. unerheblich.

Bei dem Kommissionsgeschäft wird in den meisten Fällen die zu verkaufende Ware dem Auftraggeber, nicht dem Kommissionär gehören. Das ergibt schon § 397 HGB. Der Umstand, daß die Firma R. sich verpflichtet, die erforderliche Ware zu liefern, tut deswegen der Kommissionäreigenschaft der BeschwF. keinen Abbruch. Buchführungspflicht und Pflicht der BeschwF. zur Rechenschaftsablegung und Berichterstattung ergeben sich bereits aus § 384 HGB. Es kann den Parteien des Kommissionsvertrages nicht benommen werden, diese Verpflichtungen im einzelnen näher zu regeln. Die Verpflichtung, die Einnahmen an den Auftraggeber abzuführen, ergibt sich ebenfalls bereits aus § 384 Abs. 2 HGB. Das Gesetz verbietet nicht, daß die Herausgabe täglich erfolgt.

Auch daraus, daß die Firma R. die Verkaufspreise festsetzt, ergibt sich nichts gegen die Kommissionäreigenschaft der Firma B. und V. Einmal sind solche Preisfestsetzungen fast allgemein auch bei dem Kaufmann, der für eigene Rechnung verkauft, für Markenartikel, Bücher und viele andere Waren üblich. Zum andern sieht das Gesetz die Preisfestsetzung durch den Kommittenten im § 386 HGB. ausdrücklich vor.

Für die Selbständigkeit des Kaufmanns ist es ohne Belang, ob ihm auch die Betriebsmittel selbst gehören (vgl. Staub, Komm. zu § 1 Anm. 17 a. E.). Es ist also nichts dagegen einzuwenden, daß die Betriebsmittel der Firma B. und V. von der Firma R. zur Verfügung gestellt werden und der letzteren gehören. In vielen Fällen gehören Ladeninventar und andere Betriebsmittel den Gläubigern des Kaufmanns, ohne daß dieser aufhört, Kaufmann zu sein. Auch die Best. über die Vergütung der Firma B. und V. sind hier ohne Einfluß auf die Entsch. Regelmäßig erhält der Kommissionär eine Provision nach Maßgabe des § 396 HGB. Diese Best. enthält aber nur Mindesterfordernisse. Die Parteien können jederzeit zugunsten des Kommissionärs davon abweichen. Ist der Kommissionär Agenturkommissionär, so wird er zum mindesten eine Garantiesumme erhalten. Ist er Handlungsgehilfe des Kommittenten, was nach dem oben Gesagten möglich und zulässig ist, so wird er ein festes Gehalt bekommen, ohne daß sich deswegen seine Kommissionäreigenschaft ändert.

Was schließlich die Best. über die Vertretung der Firmeninhaber bzw. die Rechtslage für den Fall ihres Todes angeht, so ist zu berücksichtigen, daß es sich bei dem Kommissionsvertrage um einen Dienstvertrag handelt, und zwar um einen Dienstvertrag, durch den Dienste höherer Art versprochen werden. Die Verpflichtungen aus einem solchen Vertrage sind höchstpersönlicher Natur. Es muß deswegen dem Auftraggeber vorbehalten sein, einen Vertreter oder Nachfolger des Dienstpflichtigen zu bestimmen. Irgendwelche Schlüsse für oder gegen die Kommissionseigenschaft der BeschwF. können also hieraus nicht hergeleitet werden.

Wie die steuerlichen Verhältnisse der Firma B. und V. sind, kann dahingestellt bleiben, da dieses für die Frage der Kommissionäreigenschaft der BeschwF. ebenfalls ohne Belang ist. Wenn die Inhaber der Firma B. und V. dem Gewerbesteueramt gegenüber erklärt haben, sie seien Angestellte der Firma R., so handelt es sich um die Mitteilung einer Rechtsansicht, die selbst zutreffendenfalls nach dem oben Gesagten die Kommissionäreigenschaft der Firma B. und V. nicht beseitigen würde.

(LG. Göttingen, Beschl. v. 4. Nov. 1932, HRA 973 des AG. Göttingen.)

*

Koblenz

4. § 850 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. Rückständige Unterhaltsgelder verlieren ihren Charakter als Unterhaltsanspruch nicht; sie werden keine Kapitalforderung und sind der Pfändung nicht unterworfen.

Der Schuldnerin steht gegen ihren geschiedenen Mann ein Anspruch auf laufenden und rückständigen Unterhalt zu. Sie hat deswegen die angebliche Forderung ihres geschiedenen Mannes gegen:

1. die Kassenärztliche Vereinigung,
2. die Betriebskrankenkasse,
3. die Postbeamtenkrankenkasse

pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Die Gläubigerin, der die Schuldnerin und ihr geschiedener Mann als Gesamtschuldner haften, hat die angebliche Forderung der Schuldnerin gegen ihren Mann aus dem Pfändungsbeschluß gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen. Auf die Erinnerung der Schuldnerin hat das AG. diesen Pfändungsbeschluß aufgehoben. Die Gläubigerin hat sofortige Beschw. eingelegt, da es sich nicht um Unterhaltsgelder, sondern um eine Kapitalforderung handle.

---

ziehen lassen, nicht. Die Verkehrssicherheit erfordert positive Feststellungen in der einen oder andern Richtung. Erschwert ist die Entsch. allerdings dadurch, daß sowohl der Kommissionär als der Handlungsgehilfe „Dienste" leistet i. S. des § 611 BGB. und deshalb beide wirtschaftlich nicht unabhängig sind. Mit Recht weist indes das LG. darauf hin, daß die wirtschaftliche Abhängigkeit unerheblich, erheblich nur die handelsrechtliche Abhängigkeit oder Unabhängigkeit ist. Richtig ist wiederum, daß der Kommissionär als Dienstverpflichteter gegenüber dem Handeltreibenden insoweit weniger selbständig erscheint, als er für fremde Rechnung und nach Weisungen handelt (§§ 383 bis 385 HGB.). Das hat er mit dem Handlungsgehilfen gemein. Das LG. übersieht aber, daß der Dienstvertrag des Kommissionärs — ähnlich dem des Handlungsagenten (§ 87 HGB.) und des Handlungsmaklers (§ 93 HGB.) — ein kaufmännischer ist und daß dieser innerhalb der handelsrechtlichen Abhängigkeit — zumal es sich um höhere Dienste handelt — der selbständigen Entschlußfähigkeit nach den Grundsätzen der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 384 HGB.) Spielraum läßt und lassen muß. So darf und muß der Kommissionär abweichen von Weisungen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Kommittent bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde (§ 385 Abs. 2 HGB. i. Verb. m. § 665 BGB.). Seine Selbständigkeit erhellt ferner aus HGB. §§ 386, 387 (Limitierte Aufträge), § 389 (Verfügungsrecht), § 391 (Untersuchungspflicht), § 392 (Zessionsrecht), § 393 (Kreditierungsrecht), § 395 (Wechseleinkaufsrecht), § 397 (Pfandrecht), §§ 398 f. (Befriedigungsrecht) und §§ 400 ff. (Selbsteintrittsrecht), sowie aus den Haftpflichten. Es fragt sich lediglich, ob im vorl. Falle genügend tatsächliche Anzeichen für einen selbständigen Kommissionär vorhanden und feststellbar sind. In dieser Hinsicht fehlt Aufklärung, die von den Beteiligten als Widerspruchsberechtigten zu beschaffen war: um so mehr, wenn gänzliche Einengung der Bewegungsfreiheit, dem Kommittenten trotz Selbständigkeit vorbehaltene Vertreterbestimmung und steuerliche Erklärungen der Beteiligten die erst noch zu widerlegende tatsächliche Vermutung der bloßen Handlungsgehilfeneigenschaft begründen. Namentlich hinsichtlich steuerlicher Erklärungen sollten die Gerichte die Beteiligten beim Wort nehmen und den Winkelzügen entgegentreten, widersprechende Erklärungen je nach Vorteil abzugeben.

Aber nicht nur die Art der Dienstleistung unterscheidet den Kommissionär vom unselbständigen Handlungsgehilfen, sondern auch die Art der Vergütung. Das Entgelt des „Handlungsgehilfen" ist grundsätzlich festes Gehalt, das des Kommissionärs grundsätzlich veränderliche Provision (§ 396 HGB.). Daran wird auch nichts geändert, daß im ersten Fall eine akzessorische Umsatzprovision, im zweiten Falle eine Mindestprovisionsgarantie vielfach üblich ist. Aufklärung geben hier — abgesehen von den (oft frisierten) schriftlichen Verträgen — die internen Korrespondenzen und Bilanzen. „Abführung des Reingewinns als Entschädigung für die Geschäftsleitung", „finanzielle Unterstützung" u. ä. sprechen eine deutliche Sprache gegen die Selbständigkeit eines Kaufmanns.

Wo obige Grundsätze in ihr Gegenteil verkehrt werden, werden die Grenzen verwischt zwischen „Kaufmann" und „Handlungsgehilfe". Verkehrung der Wesenseigenschaften des Kommissionärs ins Gegenteil muß folgerichtig zur Feststellung der Handlungsgehilfeneigenschaft führen. Aufgabe von Grundsätzen führt zur Grundsatzlosigkeit. Die Industrie- und Handelskammer hätte Direktive erhalten müssen gem. § 126 RFGG. zu sachdienlicheren Ermittlungen.

AGR. Groschuff, Berlin.

Die sofortige Beschw. hatte keinen Erfolg.

Der Einwand der Gläubigerin, sie sei zu der Erinnerung nicht gehört worden, ist nicht durchschlagend. Das Gericht kann nämlich, auch ohne die Gegenseite zu hören, über die Erinnerung entscheiden. In dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß des AG. heißt es, daß die angebliche Forderung der Schuldnerin an ihren Ehemann in Höhe von 3065 *RM* aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen würde. Es ist also der Unterhaltsanspruch der Schuldnerin, der durch ihr Pfändungspfandrecht an den ihr gleichzeitig zur Einziehung überwiesenen Forderungen ihres früheren Ehemannes gegen die oben genannten Kassen gesichert ist, mit Beschlag belegt worden. In einer gem. § 627 ZPO. im Eheprozeß der Eheleute B. ergangenen EinstwVerf. war der Ehemann der Schuldnerin zur Leistung von Unterhalt an diese verpflichtet worden. Allerdings handelt es sich in dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß um schon seit Jahren rückständige Unterhaltsgelder. Dadurch ist aber entgegen der Ansicht der Gläubigerin in der rechtlichen Natur des Anspruches kein Wandel eingetreten.

Die Pfändung und Überweisung des Unterhaltsanspruches der Schuldnerin war daher gem. § 850 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. zu Unrecht erfolgt.

(LG. Koblenz, 4. ZK, Beschl. v. 8. Okt. 1934, 4 T 1282/34.)

Eingef. von RA. Sayn, Altenkirchen (Westerwald).

*

Mannheim

5. Fristlose Kündigung eines Risikolebensversicherungsvertrages mit Selbstmordklausel durch die Versicherungsgesellschaft aus wichtigem Grunde. †)

Der Kl. schloß mit der Bekl. durch Vermittlung ihrer Vertretung in M. am 3. Nov. 1930 eine Risikoversicherung auf den Todesfall ohne Gewinnbeteiligung über eine Versicherungssumme von 400 000 GM.

Auf Grund eines Nachtrages vom 11. Nov. 1930 wurden die allgemeinen Bedingungen, wie folgt, abgeändert:

Bei Selbstmord des Versicherten zahlt die Gesellschaft die volle Versicherungssumme, wenn beim Ableben seit Einlösung des Versicherungsscheines oder seit Wiederherstellung einer erloschenen Versicherung zwei Jahre verstrichen sind.

Im Frühjahr 1933 erschien der Kl. in dem Verwaltungsgebäude der Bekl. und beantragte unter Hinweis auf seine Versicherung die Gewährung eines Darlehns von 300 000 *RM*, welche er zum Zwecke seiner Sanierung dringend benötige. Er nahm bei diesen Verhandlungen mehrfach Bezug auf die bestehende Lebensversicherung und deutete an, daß er aus dem Leben scheiden würde, falls eine Sanierung sich nicht durchführen ließe.

Die Verhandlungen führten zu keinem Ergebnis. Bei der letzten Besprechung äußerte sich der Kl.: Falls die Bekl. zu einer endgültigen Ablehnung seines Sanierungsbegehrens komme, werde sie in einem halben Jahre 400 000 *RM* aus der Risikoversicherung zu bezahlen haben, da er fest entschlossen sei, bei einem Scheitern der Sanierung mit seinem Leben Schluß zu machen. In einem Schreiben des Vertreters des Kl. führte dieser der Bekl. vor Augen, daß dem Kl. ein Selbstmord aus den in Frage stehenden Beweggründen zuzutrauen sei. Hierauf erklärte die Bekl. mit Schreiben vom 19. Mai 1933 mit sofortiger Wirkung den Rücktritt vom Vertrage, da ihr nicht zugemutet werden könne, sich weiterhin den Erpressungsversuchen des Kl. auszusetzen.

Der Kl. erhob demgegenüber Klage mit dem Antrage festzustellen, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Risikoversicherungsvertrag nach wie vor zu Recht besteht, auch nicht durch die Rücktrittserklärung oder Kündigung der Kl. aufgehoben worden sei.

Der Versicherungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag i. S. der §§ 320 ff. BGB., wenn auch die gegenseitige Abhängigkeit der Versicherungspflichten derart ist, daß für die Anwendung dieser bürgerlich-rechtlichen Gesetzesbestimmungen nur beschränkter Raum bleibt. Nach ständiger Rspr. sind die §§ 326 und 327 BGB. auch in den Fällen positiver Vertragsverletzung anzuwenden, wenn infolge der positiven Vertragsverletzung des anderen Teils die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Die analoge Anwendung der §§ 326, 327 BGB. ist aber jedenfalls unstatthaft, wenn das Gesetz das Verhältnis anders geregelt wissen will, insbes. die Aufhebung (fristlose Kündigung) des Verhältnisses wegen wichtigen Grundes für zulässig erklärt, wie z. B. in den §§ 626, 723 und 749 BGB., oder wenn die Übertragung dieser gesetzlichen Regelungen wegen Gleichheit der Interessenlagen geboten ist. Letzteres ist auch beim Versicherungsvertragsverhältnis der Fall. Wenn die Interessen der an einem Vertragsverhältnis Beteiligten für längere Zeit verbunden sind und die Entwicklung des Verhältnisses gegenseitiges Vertrauen voraussetzt, müssen die Beteiligten in der Lage sein, das Verhältnis aufzuheben, wenn die Dinge sich so ändern, daß ihnen nicht zuzumuten ist, darin auszuharren, zumal wenn erhebliche Risiken auf dem Spiele stehen. Auf dieser Abwägung beruht das Aufhebungsrecht für Dienst-, Miet- und Gemeinschaftsverhältnisse. Auf ihr und auf der Notwendigkeit der Annahme gleicher Rechtsfolgen bei gleichen Interessenlagen beruht auch die Zulassung der Aufhebung bei anderen länger dauernden Interessenverbindungen „aus wichtigem Grunde". Ohne ein solches Aufhebungsrecht ist auch im Versicherungswesen nicht auszukommen (entnommen aus Ritter, Das Recht der Seeversicherung, Bd. 1, Vorbem. III [Begriff des Seeversicherungsvertrags], Anm. 22 S. 16 und die dort zit. Literatur).

Der aus §§ 292, 133 HGB., §§ 626, 723 BGB. hergeleitete allgemeine Rechtsgrundsatz, daß bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, oder bei Rechtsverhältnissen, die besonderes persönliches Vertrauen voraussetzen, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit die Aufkündigung erfolgen kann, ist schon alt und vom RG. in zahlreichen Entsch. ausgesprochen worden, wie z. B. in RG. 78, 385 [1]; 65, 37; 79, 160 [2]) und in jüngerer Zeit 140, 385 [3]). Das RG. gibt, entgegen der früher vielfach bei langfristigen Verträgen nach Analogie der §§ 325, 326 BGB. aus positiver Vertragsverletzung herzuleitenden Rücktrittsmöglichkeit, kein Rücktritts-, sondern ein fristloses Kündigungsrecht, zumal nur die zukünftigen Rechtsbeziehungen der Parteien aufgelöst werden sollen.

Dieses Recht der fristlosen Vertragsauflösung für die Zukunft stand auch vorliegend der Bekl. zu. Der Kl. hatte mit der Bekl. eine Risikoversicherung auf den Todesfall über eine Versicherungssumme von 400 000 GM. abgeschlossen, der auf Grund eines weiteren Vertrags die im Tatbestand wörtlich wiedergegebene Selbstmordklausel hinzugefügt worden ist. Das von der

---

Zu 5. Der Entsch. und ihren Gründen ist zuzustimmen. Sie wird allein dem Rechtsempfinden gerecht. Das RG. hat in einer Reihe von Entsch. über die §§ 626, 723 BGB. und §§ 292, 133 HGB. den Rechtsgrundsatz hergeleitet, daß bei Vertragsverhältnissen von längerer Dauer oder bei Rechtsverhältnissen, die ein besonderes persönliches Vertrauen vorsehen, das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu fristloser Kündigung berechtigt.

Die Anwendbarkeit eines solchen Rechtsgrundsatzes muß auch für Versicherungsvertragsverhältnisse anerkannt werden, wenn die Übertragung dieses Rechtsgrundsatzes wegen gleicher Interessenlage geboten erscheint.

Bei vielen Versicherungsverträgen sind die Interessen der Vertragsparteien für lange Zeit aneinander gebunden und die Versicherungsverträge sind aufgebaut auf einer Basis gegenseitigen Vertrauens. Dann müssen aber auch die Beteiligten in der Lage sein, wenn bei der langen Dauer des Verhältnisses eine Änderung der Dinge dergestalt eintritt, daß eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses einer der Vertragsparteien nicht zugemutet werden kann, von dem Vertrage loszukommen.

Was also im Gesetze für Dienst-, Miet- und Gesellschaftsverhältnisse verankert ist und vom RG. zu einem Rechtsgrundsatze ausgedehnt ist, muß, wenn die Gedankengänge des Rechtsgrundsatzes als vorliegend erachtet werden müssen, auch für Versicherungsverträge in analoger Anwendung Gültigkeit haben.

Wenn nun das Urteil ausführt, daß durch das Verhalten des Kl. die Vertragsgrundlage zerstört worden sei, so ist dem zuzustimmen. Die in Rede stehende Versicherung und insbes. die in Abänderung von den Normalbedingungen vereinbarte Selbstmordklausel setzt als Vertragsgrundlage ein großes Maß von Vertrauen voraus. Inwiefern diese Vertrauensgrundlage zerstört worden ist, ist in den oben dargelegten Urteilsgründen auseinandergesetzt.

Das Verhalten des Kl. ist von jeder anständigen Geschäftsgebarung so weit entfernt und reißt so sehr die Vertrauensgrundlage ein, daß eine Fortsetzung des Versicherungsverhältnisses der Gesellschaft nicht mehr zumutbar und die in der sofortigen Rücktrittserklärung liegende fristlose Kündigung gegenüber dem Bekl. gerechtfertigt ist.

Das Ergebnis der Entsch. ist zwanglos aus den bestehenden Gesetzesvorschriften und Rechtsgrundsätzen geschöpft. Zum gleichen Ergebnis hätte man aber auch kommen müssen, wenn nicht der bereits bestehende Rechtsgrundsatz Grundlage des Urteils hätte bilden können. Dann hätte eben ein entsprechender Rechtsgrundsatz aufgestellt werden müssen.

Die Gesetze sind das Werkzeug in der Hand des Richters, Recht zu sprechen. Daß nur der vorl. Urteilsspruch dem Rechtsempfinden entspricht und damit Recht spricht, darf keinem Zweifel unterliegen.

RA. Dr. Oellers, Halle a. S.

[1]) JW. 1912, 457. [2]) JW. 1912, 680.
[3]) JW. 1933, 2120 u. 2204.

Bekl. durch den Abschluß dieses Vertrags übernommene Risiko war ein außerordentlich bedeutendes und setzte ganz selbstverständlich ein ebenso großes Maß von Vertrauen in die Persönlichkeit des Kl. voraus, der ihr erklärt hatte, er denke selbstverständlich nicht an Selbstmord. Dieses dem Vertrag zugrunde liegende Vertrauensverhältnis ist auf seiten des Kl. zerstört worden.

In seinem Verhalten hat die Bekl. mit Recht den Versuch, mit der Drohung des Selbstmordes einen Willenszwang auf sie auszuüben, erblickt. Ob der Sachverhalt den Tatbestand eines Erpressungsversuchs i. S. des § 253 StGB. erfüllt, ist in diesem Zusammenhang nicht zu untersuchen. Wenn der Vertreter des Kl. dieses Verhalten „höchstvernünftig" nennt, so steht diese Ansicht jedenfalls mit den normalen Rechtsauffassungen des täglichen Lebens im Widerspruch.

Selbstmordversicherungen werden zu dem Zwecke eingegangen, die Hinterbliebenen durch sie sicherzustellen für den Fall, daß der Versicherungsnehmer einmal, durch irgendwie unberechenbare Umstände getrieben, Selbstmord begehen sollte. Dabei ist an eine geistige, seelische oder körperliche Verfassung des Betreffenden gedacht, die ihn in dem Sinne nicht mehr Herr seiner selbst sein läßt, als er die natürlichen Hemmungen eines Normalmenschen nicht mehr hat. Dem Vertrage liegt das Vertrauen zugrunde, daß der Versicherungsnehmer sich nicht in frivoler, spekulativer Absicht umbringen werde. Die Herstellung dieses Vertrauens auf seiten der Bekl. ist auch der Sinn und Zweck des bei den Vertragsverhandlungen getanen Ausspruchs des Kl. gewesen, er denke natürlich nicht an Selbstmord, sondern nur an die Sicherung seiner Angehörigen „für einen Unglücksfall". Im vorl. Fall aber hat der Kl. daraus ein rational wohl überlegtes, in diesem Sinne „höchst vernünftiges" Geschäft zu machen versucht, das nicht nur mit dem Sinn und Zweck des eigentlichen Vertrages nichts zu tun, sondern dessen Vertrauensgrundlage zerstört hat. Die Zerstörung des Vertrauens liegt darin, daß die Bekl., nachdem der Kl. aus dem Versicherungsverhältnis hat ein Sanierungsgeschäft machen wollen und es dazu ausgenützt hat, um durch Drohung mit der Herbeiführung des Versicherungsfalls die Durchsetzung seines Willens zu erzwingen, nicht mehr das Zutrauen haben kann, daß der Versicherungsfall, wie oben ausgeführt, nur unter Verhältnissen eintreten werde, unter welchen der Kl. nicht mehr Herr seiner selbst ist, sondern befürchten muß, daß er einmal aus frivolen und spekulativen Erwägungen heraus, um durch seinen Tod noch für seine Hinterbliebenen ein Geschäft zu machen, sich umbringen könnte. Der aus diesem Grunde von der Bekl. mit Einschreibebrief erklärte Rücktritt vom Vertrag mit sofortiger Wirkung ist daher begründet, nachdem das besondere persönliche Vertrauen, das eine Selbstmordversicherung voraussetzt, durch dieses Verhalten des Kl. zerstört worden ist. Der erklärte Rücktritt ist seinem Sinn und Zweck nach nur ein solcher für die Zukunft. Rücktritt für die Zukunft ist aber gleichbedeutend mit Kündigung.

(LG. Mannheim, 2. ZK., Urt. v. 8. Febr. 1934, 2 ZH 159/33.)

Ber. von RA. Hans Heilmann, Berlin.

*

Schneidemühl

6. § 3 SchRG.; Art. 3 der 6. DurchfVO. v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 609). Wenn ein Entschuldungsverfahren vor den Osthilfebehörden durchgeführt worden ist, ist die Einleitung eines neuen Verfahrens vor dem Gericht unzulässig.

Das AG. hat den Antrag auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens abgelehnt, weil nach den angestellten Ermittelungen bereits ein Osthilfeentschuldungsverfahren über den Betrieb des Antragstellers durchgeführt sei.

Der Antragsteller hat in seiner Beschwerdebegründung ausdrücklich zugegeben, daß bereits ein Osthilfeentschuldungsverfahren über seinen Betrieb durchgeführt ist. Er hat ein Darlehn von 3700 *RM* erhalten (Bl. 6 d. A.). Wenn er dagegen vorbringt, daß er seinerzeit fristgemäß bei der Landstelle in Schneidemühl die Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 99 SchRG. beantragt habe, dieser Antrag sei jedoch abgelehnt worden, da keine neuen Schulden mehr entstanden seien, es lägen also nicht die Ablehnungsgründe des Art. 3 der 6. DurchfVO. v. 7. Juli 1934 vor, so daß für ihn eine neue Schuldenregelung nach dem SchRG. in Frage komme, so können diese Gründe nicht zu einer Aufhebung der Entsch. des ersten Gerichts führen. In § 3 Abs. 1 Nr. 5 SchRG. ist der Grundsatz aufgestellt worden, daß ein entschuldeter Osthilfebetriebsinhaber nicht nochmals das Schuldenregelungsverfahren beantragen kann. Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage muß also als oberster Grundsatz der bestehen bleiben, daß der Betriebsinhaber, über dessen Betrieb ein Osthilfeverfahren durchgeführt worden ist, unter keinen Umständen nochmals ein Schuldenregelungsverfahren vor den Gerichten beantragen kann. Dieser Grundsatz, der im Gesetz aufgeführt ist, kann auch nicht durch eine DurchfVO. abgeändert werden. Wenn daher in Art. 3 der 6. VO. zur Durchführung der landwirtschaftlichen Schuldenregelung v. 7. Juli 1934 der § 99 SchRG. aufgeführt ist, so kann dies nur versehentlich geschehen sein. Dem klaren Text des Gesetzes gegenüber hat die Fassung der DurchfVO. keine Bedeutung (vgl. Laband, Staatsrecht, 1895, S. 582 unter 2). Wollte man der DurchfVO. in ihrem Art. 3 folgen, so würde eine gewisse Verwirrung in die Gesetzeslage, wie sie z. B. gegeben ist, gebracht. Denn dann würde der jetzt herrschende Grundsatz, daß nach einer Durchführung der Osthilfeentschuldung vom Betriebsinhaber eine neue Entschuldung nicht mehr beantragt werden kann, durchbrochen. Das steht aber mit dem Sinne des Gesetzes im Widerspruch. Das Gesetz ist davon ausgegangen, daß diejenigen Entschuldungsverfahren, die bei der Osthilfe durchgeführt worden sind, damit ihre endgültige Erledigung gefunden haben. Anders verhält es sich bei Ablehnung der Einleitung von Verfahren — insbes. aus formellen Gründen. Wenn der Antragsteller weiter meint, daß ihm die Osthilfeentschuldung nicht dazu verholfen habe, die Forderungen, die auf seinem Betriebe lasten, aus seiner Wirtschaft abzudecken, daher „müsse" ein neues Entschuldungsverfahren eingeleitet werden, so ist auch dieser Grund nach Vorstehendem unerheblich.

(LG. Schneidemühl, 3. ZK., Beschl. v. 30. Okt. 1934, 3 T 690/34.)

Ber. von LGDir. Lehmann, Schneidemühl.

B. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsfinanzhof

Berichtet von Senatspräsident Bodenstein und den Reichsfinanzräten Arlt, Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. §§ 2, 6 Abs. 1 Nr. 5, 37 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. Bei unbeschränkt Steuerpflichtigen sind die Zinsen aus der Dawes-Anleihe von der Einkommensteuer nicht befreit.

Der BeschwF. ist in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig. Streitig ist, ob eine Zinseinnahme aus der 7%igen Dawesanleihe (Deutsche Äußere Anleihe von 1924) zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehört. Der StPfl. beansprucht die Steuerfreiheit deshalb, weil nach einem Aufdruck auf den Anleihestücken und Kupons die Dawesanleihe von sämtlichen deutschen Steuern befreit sei. Das FinGer. hat die Steuerpflicht dieser Zinseinnahmen bejaht.

Die hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

Die 7%ige Deutsche Äußere Anleihe von 1924 (Dawesanleihe) im Gesamtbetrag von 800 Millionen Reichsmark wurde zur Mobilisierung der Zahlungen aus dem Dawesplan auf dem internationalen Markt ausgegeben. Um den Zeichnern, die sich der Natur der Anleihe entsprechend fast ausschließlich aus Ausländern zusammensetzten, einen gewissen Anreiz zu bieten, insbes. um eine doppelte Besteuerung der Ausländer zu vermeiden, wurde die Anleihe mit einem besonderen Steuerprivileg versehen. Die maßgebende Best. der Ziff. 10 der mit dem Treuhänder für die Deutsche Äußere Anleihe von 1924 getroffenen Vereinbarung (General Bond) hat folgenden Wortlaut:

„Kapital und Zinsen aller auf Grund der Anleihe ausgegebenen Schuldverschreibungen sollen ohne Abzug von allen gegenwärtigen oder zukünftigen deutschen Stempelgebühren oder anderen Abgaben oder öffentlichen Lasten irgendwelcher Art zur Auszahlung gelangen, auch soll weder dieser General Bond, noch irgendeine Schuldverschreibung oder irgendein anderes Dokument oder ein Brief, der auf die besagte Anleihe Bezug hat, irgendwelchen deutschen Eintragungsgebühren, Stempelabgaben oder anderen ähnlichen Abgaben unterworfen sein."

Soweit durch diese Best. die Einkommensteuer berührt wird, sollte also der Steuerabzug vom Kapitalertrag unterbleiben. Dadurch wurde erreicht, daß die in Deutschland nicht unbeschränkt StPfl. die Zinsen aus der Anleihe in Deutschland nicht zu versteuern hatten, sondern nur nach den Vorschr. ihres Heimatlandes. Eine Doppelbesteuerung wurde also vermieden. Es ist nicht so, daß die Anleihebesitzer ausnahmslos von sämtlichen deutschen Steuern befreit sind. Bestimmt ist nur, daß die Zinsen „ohne Abzug" — also ohne den Steuerabzug vom Kapitalertrag — auszuzahlen waren; ergibt sich aber nach den Best. des EinkStG., insbes. aus §§ 2, 6 Abs. 1 Ziff. 5 i. Verb. m. § 37 Abs. 1 Ziff. 1, daß eine Steuerpflicht des gesamten Einkommens gegeben ist, dann unterliegen auch die Zinsen aus der Dawesanleihe der deutschen Einkommensbesteuerung. Das trifft also selbst dann zu, wenn ein Ausländer, der die Anleihe im Ausland gezeichnet hat, in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig ist. Der Standpunkt

des BeschwF. würde dahin führen, daß ein in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtiger Anleihebesitzer besser gestellt würde als der im Ausland lebende Anleihebesitzer, denn dieser hat im Lande seines Wohnsitzes die Zinsen nach den dort geltenden Best. zu versteuern. Aus dem klaren Wortlaut und auch aus dem Sinn der mit dem Treuhänder getroffenen Vereinbarung ergibt sich aber, daß die Zinsen aus der Anleihe mit Rücksicht auf den objektsteuerartigen Charakter des Steuerabzugs vom Kapitalertrag bei der Auszahlung nicht vorbelastet werden sollten. Denn einer Rückerstattung dieses Abzugs standen regelmäßig die Best. des EinkStG. entgegen. Hätte der Gesetzgeber eine Regelung i. S. des BeschwF. gewollt, dann hätte die Steuerbefreiung durch besondere gesetzliche Best. geregelt werden müssen. Das ist z. B. hinsichtlich der 7%igen Reichsanleihe 1926 (sog. Hilferdinganleihe) durch die VO. über die Steuerbefreiung der Reichsanleihe 1929 v. 17. Mai 1929 (RGBl. 95) geschehen. Derartige Best. liegen aber für die Dawesanleihe nicht vor.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 11. Juli 1934, VI A 1371/33.)

*

2. §3 Abs. 1 KörpStG.; §3 Abs. 2 Nr. 2 EinkStG. a. F. Der beschränkten Steuerpflicht unterliegt der Gewinn aus Verkauf von Anteilen einer inländischen GmbH. durch einen in Deutschland beschränkt Steuerpflichtigen, der nach § 30 Abs. 3 EinkStG. an der GmbH. wesentlich beteiligt war.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 8. Aug. 1934, I A 184/33.)

*

3. §§ 4 Abs. 2b, 11 Abs. 1 Nr. 4 KörpStG. Bei steuerbegünstigten Einkaufsgenossenschaften sind Zinseinnahmen aus Hypotheken steuerpflichtig.

Die StPfl., eine Einkaufsgenossenschaft, ist mit ihrem Zinseinkommen aus einer Hypothek zur Körperschaftsteuer herangezogen worden. Die Genossenschaft bestreitet die Steuerpflicht mit der Begründung, daß es sich nicht um Einkünfte aus Kapitalvermögen, sondern aus selbständiger Berufstätigkeit handle. Die Hypothek sei zur Deckung von Unterschlagungen ihres früheren Geschäftsführers auf dessen Grundstück eingetragen worden. Da der Geschäftsführer die Unterschlagungen während seiner dienstlichen Tätigkeit begangen habe, bestehe ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Erwerb der Hypothek und dem Geschäftsbetrieb. Sie habe die Hypothek ihrer Bank als Sicherheit für einen Kredit verpfändet. Da sie für die Gewährung des Kredits höhere Zinsen zahlen müsse, habe sie tatsächlich keine Zinseinnahmen aus der Hypothek. Demgegenüber ist das FinA. der Ansicht, daß die Zinseinkünfte nicht aus einer mit der bestimmungsgemäßen Haupttätigkeit zusammenhängenden Hilfstätigkeit herrührten. Daran ändere auch nichts die Tatsache, daß die Hypothek für einen Geschäftskredit der Genossenschaft verpfändet sei. Der Einspruch blieb ohne Erfolg. Das FinGer. hält die Zinseinnahmen für steuerfrei. Es hat ausgeführt, daß die Hypothek als Aktivposten der Bilanz zum Betriebsvermögen der Genossenschaft gehöre. Die Hypothekenzinsen seien daher Betriebseinnahmen, d. h. Einnahmen aus einer im Inland ausgeübten sonstigen selbständigen Berufstätigkeit. Sie seien i. w. S. auch mit dem Geschäftszweck verbunden. Denn durch die Sicherstellung des Schadensersatzanspruchs und durch die Zinseinnahmen aus der Hypothek würden der Erwerb und die Wirtschaft der Genossenschaftsmitglieder unmittelbar gefördert. Wenn die Zinsen auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als Kapitaleinkommen gelten, so seien sie doch — wirtschaftlich betrachtet — gem. § 9 RAbgO. als Einkommen aus selbständiger Berufstätigkeit zu betrachten.

Die Rechtsbeschwerde des FinA. ist begründet.

Zur Frage der gleichfalls im § 11 Abs. 1 Nr. 4 KörpStG. geregelten Steuerpflicht der Einkünfte aus der Vermietung von Wohnungen hat der RFH. in zwei Urt. (RFH. 32, 194 u. 34, 116) Stellung genommen. Er hat ausgeführt, daß die Vorschr. des § 11 Abs. 1 Nr. 4 KörpStG. so ausgelegt werden müsse, daß es noch Fälle gibt, in denen sie angewendet werden kann. Im KörpStG. würden die Einkünfte der im § 6 Abs. 1 Nr. 1, 5 und 6 EinkStG. bezeichneten Art häufig einer Sonderregelung unterworfen (vgl. außer § 11 Abs. 1 Nr. 4 z. B. § 11 Abs. 1 Nr. 5 und § 15 Abs. 1 Nr. 5 und 7). Es müsse daher angenommen werden, daß eine solche Sonderregelung auch im § 11 Abs. 1 Nr. 4 KörpStG. vom Gesetzgeber gewollt sei. In dem Urt. RFH. 34, 116 wird unter Hinweis auf die Ausführungen von Evers (Komm. z. KörpStG., 2. Aufl., Nachtrag S. 70) zusammenfassend gesagt, daß als steuerfreie Einkünfte nur solche Einkünfte anzuerkennen seien, die sich unmittelbar aus der Verfolgung der eigentlichen Zwecke der Genossenschaft ergeben.

Die gleichen Rechtsgedanken müssen auch bei der Beurteilung der Steuerpflicht von Einkommen aus Kapitalvermögen zum Zuge kommen. Die StPfl. ist eine Einkaufsgenossenschaft. Zu ihrem satzungsgemäßen Zweck gehört nicht das Ausleihen hypothekarisch gesicherter Darlehen. In der Berufungsbegründung hat die Genossenschaft selbst vorgetragen, daß sie die Hypothek nicht erworben hätte, wenn sie nicht hierzu wegen der Deckung der durch die Unterschlagungen entstandenen Verluste gezwungen gewesen wäre. Die Einkünfte aus der Hypothek sind daher wohl im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb, nicht aber durch unmittelbare Verfolgung der eigentlichen Zwecke der Genossenschaft angefallen. Sie sind hiernach gem. § 11 Abs. 1 Nr. 4 KörpStG. steuerpflichtig.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 25. Juli 1934, I A 194/33.)

*

4. §§ 5, 4 Abs. 1 KörpStG. Eine Personenvereinigung, die grundsätzlich zu den Körperschaften des § 5 KörpStG. gehört, gilt nach § 4 Abs. 1 a. a. O. nicht schon deshalb als Erwerbsgesellschaft, weil sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält und durch Eintragung in das Handelsregister die Eigenschaft eines Vollkaufmanns hat.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 1. Aug. 1934, I A 249/33.)

*

5. § 9 Abs. 1 Nr. 7 KörpStG. Ein Verein, dessen satzungsmäßiger Zweck darauf gerichtet ist, das Volk zur völligen Enthaltung vom Alkoholgenuß zu erziehen, kann auch im heutigen Staate nicht als eine ausschließlich gemeinnützigen Zwecken dienende Körperschaft anerkannt werden.

Eine Personenvereinigung, deren Zweck lediglich darauf gerichtet ist, den Alkoholmißbrauch zu bekämpfen, insbes. Schäden, Mißstände und besondere Gefahren auf dem Gebiete des Alkoholismus zu beseitigen, ist als gemeinnützig anzuerkennen. Es mag dahingestellt bleiben, ob sich die Betätigung des beschwerdeführenden Vereins tatsächlich auf diese Aufgaben beschränkt. Seine Satzung läßt jedenfalls eine derartige Beschränkung nicht erkennen. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 7 KörpStG. ist aber Voraussetzung für die Gewährung der Steuerbefreiung in erster Linie die ausschließliche Gemeinnützigkeit des satzungsmäßigen Zweckes einer Körperschaft. RFH. v. 11. Febr. 1930, I A a 700/28 (RStBl. 1930, 168; StW. 1930 Nr. 521) hat daher ausgesprochen, daß es für die Anwendung der Befreiungsvorschrift nicht genügt, wenn eine Körperschaft nach ihrem tatsächlichen Verhalten die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung der Gemeinnützigkeit erfüllt, daß vielmehr erforderlich ist, daß sie schon nach ihrer Satzung ausschließlich gemeinnützigen Zwecken dient. Die in der Satzung des beschwerdeführenden Vereins gegebene Zweckbestimmung kann nun nicht anders verstanden werden als dahin, daß der Verein die Erziehung des gesamten Volkes zur völligen Enthaltung vom Alkoholgenuß erstrebt. Hierauf deuten zum Teil auch die Mittel hin, durch die nach der Satzung der Vereinszweck erreicht werden soll. Der Vertreter des Vereins hat die Ansicht vertreten, daß lediglich die Natur des eigentlichen Zweckes des Vereins entscheidend sei und daß es daneben auf die Mittel, durch die der Vereinszweck erreicht werden soll, nicht ankomme. Das ist nur unter der Bedingung richtig, daß der eigentliche Vereinszweck zweifelsfrei als gemeinnützig anzusehen ist und daß die Mittel als geeignet erscheinen, dem gemeinnützigen Vereinszwecke zu dienen. An diesen Voraussetzungen fehlt es aber im vorl. Falle. So läßt insbes. die in Ziff. III der Satzung als Mittel zur Erreichung des satzungsmäßigen Zweckes vorgesehene „Bekämpfung des Alkoholkapitals und seiner Reklame", die der Vertreter des Vereins in der mündlichen Verhandlung selbst als nicht gemeinnützig bezeichnet hat, deutlich erkennen, daß das Ziel des Vereins weit über die Bekämpfung bloßen Alkoholmißbrauchs hinausgeht.

Daß die hiernach den satzungsmäßigen Zweck des Vereins darstellenden Bestrebungen, die auf die Bekämpfung jeglichen Alkoholgenusses hinauslaufen, nicht als gemeinnützig anerkannt werden können, hat der Sen. bereits früher entschieden. Er muß an dieser Auffassung auch unter der Herrschaft des neuen Staates festhalten. Mäßiger Alkoholgenuß birgt nach der auch jetzt herrschenden Ansicht keine Gefahren für die Erhaltung der Rasse oder für die Vererbung schädlicher Anlagen in sich. Andererseits wäre die notwendige Folge des von dem beschwerdeführenden Verein bezweckten Zieles die gänzliche Vernichtung einer großen und wertvollen Industrie, der Brauindustrie, und die Beseitigung der wirtschaftlichen Grundlagen für nicht unwichtige Zweige der Bodenbebauung, den Wein- und Hopfenbau. Schon hieraus ergibt sich, daß die Bekämpfung des Alkoholismus in jeder Form, wie sie in der von dem beschwerdeführenden Verein satzungsgemäß betriebenen Arbeit für alkoholfreie Kultur liegt, auch vom neuen Staate nicht begünstigt oder gar vorgeschrieben sein kann, von einem Staate, der sich gerade unter anderem auch die Aufgabe gestellt hat, die deutsche Volkswirtschaft in ihrer Gesamtheit zu erhalten und zu beleben.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 10. Juli 1934, I A 42/34.)

*

6. § 10 Abs. 1 KörpStG. Ein dringendes Bedürfnis der Gesellschafter, Dividenden zu beziehen, genügt nicht, um die Mindestbesteuerung der ausgeschütteten Dividenden bei der Gesellschaft als unbillig erscheinen zu lassen.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 1. Aug. 1934, I A 198/33.)

*

7. § 6a KapVerkStG. Werden die Unkosten, die durch die Absatztätigkeit eines Lieferungssyndikats entstehen, auf die Gesellschafter umgelegt, so unterliegen diese Umlagen nicht der Gesellschaftssteuer.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 3. Aug. 1934, II A 465/33.)

*

8. § 14 Abs. 1 Nr. 2 GrErwStG. Gehörte die Hypothek des Erstehers früher zum Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, an der er selbst beteiligt war, so steht ihm die Steuervergünstigung des § 14 nicht zu, wenn er die Hypothek erst innerhalb der im § 14 Abs. 1 Nr. 2 vorgesehenen Jahresfrist dadurch erworben hat, daß er gegenüber den Erben des anderen Gesellschafters von seinem Recht, das Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, Gebrauch machte. †)

Unzutreffend sind zunächst die Ausführungen des BeschwF., die dahin gehen, daß das Geschäftsvermögen der Gesellschaft mit allen zugehörigen Rechten und Pflichten unabhängig von seinem Willen auf ihn übergegangen sei, daß er das Geschäft infolge des Todes seines Sozius habe übernehmen müssen und daß es sich also nicht um einen willkürlichen Erwerbsakt, sondern um die zwangsläufige Folge des Todes des anderen Gesellschafters gehandelt habe. Die Erklärung, mit der der BeschwF. das ihm im § 12 des Gesellschaftsvertrags eingeräumte Übernahmerecht ausgeübt hat, war ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, dessen Abschluß rechtlich in seinem freien Belieben stand. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob etwa der BeschwF. aus wirtschaftlichen Gründen die Übernahme und Fortführung des Geschäfts als notwendig ansehen mußte. Jedenfalls war er zur Übernahme rechtlich nicht verpflichtet.

Aber auch im übrigen hat das FinGer. ohne Rechtsirrtum die Anwendbarkeit des § 14 verneint. Da der BeschwF. zur Zeit der Zwangsversteigerung Gläubiger der Hypothek war und in eigenem Namen das Grundstück angesteigert hat, so fehlt es allerdings im vorl. Falle nicht an der im § 14 in erster Linie vorausgesetzten Nämlichkeit von Realgläubiger und Ersteher (Meistbieter), die vom erk. Sen. in dem durch das Urt. II A 372/32 v. 20. Sept. 1932 entschiedenen Falle um deswillen vermißt wurde, weil damals die Hypothek einer OHG. (KommGes.) zugestanden hatte, während das mit der Hypothek belastete Grundstück von einem ihrer Gesellschafter in eigenem Namen angesteigert worden war. Die Steuervergünstigung des § 14 setzt jedoch nach Abs. 1 Nr. 2 weiter voraus, daß der Ersteher (Meistbieter) schon seit einem Jahre vor der ersten Beschlagnahme des Grundstücks sich in derselben Gläubigerstellung befunden hat. Diese Voraussetzung ist im vorl. Falle nicht erfüllt, da die Hypothek erst im Laufe dieses Jahres aus dem Vermögen der OHG. in das Vermögen des BeschwF. übergegangen war. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß dieser Übergang sich nicht durch eine Abtretung der Hypothekenforderung, sondern in Verbindung mit der Auflösung der OHG. dadurch vollzogen hat, daß der BeschwF. das ganze Vermögen der Gesellschaft übernahm. Jedenfalls handelt es sich wegen der rechtlichen Selbständigkeit des Vermögens einer OHG. gegenüber dem Privatvermögen ihrer Gesellschafter um einen Rechtsübergang, also um einen Wechsel in der Person des berechtigten Gläubigers, und zwar um einen Wechsel, der sich auf die ganze Hypothekenforderung bezog, wie ja auch, wenn die OHG. nicht aufgelöst worden wäre, der BeschwF. nur durch Abtretung der ganzen Hypothekenforderung seitens der OHG. Gläubiger der Hypothekenforderung hätte werden können. Hätte die Versteigerung vor der Übernahme des Gesellschaftsvermögens stattgefunden, so würde die im § 14 vorausgesetzte Nämlichkeit von Realgläubiger und Ersteher nach dem obenbezeichneten Urt. des RFH. v. 20. Sept. 1932 auch nicht einmal teilweise anerkannt werden können.

Hiernach kann es sich nur noch fragen, ob etwa die Zeit, während der die Hypothek nicht dem BeschwF., sondern noch der früheren OHG. zustand, nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 dem BeschwF. auf die dort vorgesehene Jahresfrist anzurechnen ist, in welchem Falle diese Frist allerdings gewahrt sein würde. Aber auch diese Anrechnungsmöglichkeit ist nicht gegeben, da die erloschene OHG. als bisherige Gläubigerin nicht etwa wegen Eintritts einer Gesamtrechtsnachfolge einem „Erblasser" des BeschwF. gleichgestellt werden kann (vgl. RFH. 31, 249 und II A 395/32 v. 20. Sept. 1932).

Endlich kann auch die vom BeschwF. notfalls angerufene Vorschrift des § 15 Abs. 1 GrErwStG. nicht um deswillen zu einer teilweisen Steuerfreiheit führen, weil die OHG., wenn sie zur Zeit der Versteigerung noch bestanden hätte, das Grundstück nach § 14 steuerfrei hätte erstehen können, und dann bei einer Übereignung des Grundstücks auf den BeschwF. diese Übereignung nach § 15 Abs. 1 nur nach dem halben Grundstückswerte steuerpflichtig geworden wäre. Im § 15 Abs. 1 handelt es sich lediglich um eine Berechnungsvorschrift für den hier nicht vorliegenden Fall, daß ein einer Gesamthandsgemeinschaft gehörendes Grundstück in an sich steuerpflichtiger Weise auf einen oder mehrere Gesamthänder übergegangen ist. Für die im vorl. Falle zu entscheidende Frage, ob und inwieweit der Übergang des nach § 14 in Betracht kommenden Realrechts aus dem Vermögen einer OHG. in das Vermögen desjenigen Gesellschafters, der später das belastete Grundstück ersteigerte, die Anwendbarkeit des § 14 beeinflußt, hat § 15 überhaupt keine Bedeutung.

(RFH., Urt. v. 6. Juli 1934, II A 331/33.)

*

9. § 14 Abs. 2 GrErwStG. Wer sich für eine lediglich persönliche Schuld des Grundstückseigentümers verbürgt hat, kann auf die Steuervergünstigung aus § 14 Abs. 2 auch dann keinen Anspruch machen, wenn er sich schon bei Übernahme der Bürgschaft für die nach § 774 BGB. auf ihn übergehende Forderung von dem Grundstückseigentümer eine Eigentümerschuld hat verpfänden lassen. †)

Ohne Rechtsirrtum hat das FinGer. zunächst mit eingehender Begründung festgestellt, daß die Grundschuld nicht nur nach dem Wortlaut der „Verpfändungs"-Urkunde, sondern auch nach dem Vertragswillen dem BeschwF. nicht abgetreten, sondern nur verpfändet worden ist. Eine Verpfändung lediglich des Grundschuldbriefes war trotz des Wortlauts der Urkunde unstreitig nicht beabsichtigt und würde

---

Zu 8. Die Entsch. ist folgerichtig vom Standpunkt der bisherigen Rechtsprechung. Ist dieser aber uneingeschränkt beizutreten? Das Gesetz will denjenigen, der zur Rettung seiner Hypothek sich gegen seinen Willen mit dem Erwerb eines Grundstücks belasten muß, nicht auch noch mit der hohen Steuer beschweren. Das entspricht dem allgemeinen Volksempfinden von wirtschaftlicher Billigkeit. Folgerecht wird die Vergünstigung versagt, wenn das Grundstück dem Ersteigerer zu weniger als $^4/_5$ des Wertes zugeschlagen wird. Wer ein so gutes Geschäft macht, bedarf keiner Schonung! (Leider gilt hier als „Wert" der meist stark überhöhte Einheitswert, so daß das gerechte Prinzip sich oft höchst ungerecht auswirkt.) Folgerecht ist ferner, daß derjenige die Vergünstigung nicht genießt, der die Hypothek nur erworben hat, um die Entlastungsbestimmung zu mißbrauchen. Wenn zur Erleichterung der Kontrolle die Frist von einem Jahr vorgeschrieben ist, während welcher die Hypothek im Besitz des Erstehers gewesen sein muß, so erscheint das zweckmäßig. Bei einem kürzeren Besitz mag die Vermutung naheliegen, daß der Ersteher mit der Hypothek nur das Grundstück hat erwerben wollen. Daß aber hier der Gegenbeweis schlechthin ausgeschlossen ist, wird mit Recht als unverständlich und hart empfunden. Bei der unerbittlichen Eindeutigkeit des Gesetzestextes hat der RFH. die Schranke der Jahresfrist im Wege der Auslegung generell wohl nicht durchbrechen dürfen. Indessen hätte die Bestimmung, daß die Besitzzeit des Erblassers oder seines Ehegatten dem Rechtsnachfolger zuzurechnen sei, eine analoge Anwendung auf andere Fälle zugelassen, um wenigstens insoweit Härten zu mildern. Denn hier handelt es sich doch nur um Beispiele für das Prinzip, daß die Hypothek formell ihren Besitzer geändert, materiell aber in den gleichen von der Verkehrsauffassung als einheitlich angesehenen Vermögenskreisen geblieben ist. In einem solchen Fall aber — das ist die völlig berechtigte ratio legis — scheidet die Gefahr des mißbräuchlichen Erwerbs aus. Mit dieser Erwägung hätte sich dann wohl auch die Entsch. vermeiden lassen, daß die Gesamtrechtsnachfolge, z. B. Fusion zweier AktG., die Besitzzeit unterbricht (RFH. 31, 249), ein Ergebnis, das als unbefriedigend und formell empfunden wird.

Im vorl. Fall ist es zwar richtig, daß die Übernahme des Geschäfts einer OHG. durch den allein verbliebenen Gesellschafter keine Gesamtrechtsnachfolge ist, was nach der bisherigen Rspr. des RFH. ja auch ohne Bedeutung war; indessen die Hypothek bleibt doch in dem als wirtschaftliche Einheit zu behandelnden Geschäftsvermögen. Die Unterstellung, daß der Erwerb zum Zwecke der Steuerumgehung erfolgt sei, scheidet hier aus. Wenn in einem solchen Fall wegen der Starrheit der Gesetzesvorschrift der Ablauf der Jahresfrist zu erfordern ist, so hätte es doch im Ergebnis befriedigt, wenn in zulässiger Analogie zu § 14 Abs. 1 Nr. 2 die Besitzzeit wegen der Zugehörigkeit der Hypothek zum einheitlichen Geschäftsvermögen als einheitlich behandelt worden wäre.

RA. Dr. Bergschmidt, Berlin.

Zu 9. Die Rspr. zu § 14 hat den RFH. vor die schwierige Aufgabe gestellt, eine mittlere Linie zwischen dem engen Gesetzestext und den Bedürfnissen der Praxis zu finden, die sich immer erneut entrüstet, daß bei wirtschaftlich gleichliegenden Tatbeständen die Vergünstigung je nach den formalen Verschiedenheiten der Gestaltung

auch rechtlich unwirksam gewesen sein, da ein Grundschuldbrief nicht der Träger des Rechtes ist und deshalb nicht Gegenstand eines Pfandrechts, sondern nur eines schuldrechtlichen Zurückbehaltungsrechts sein kann (vgl. §§ 1204, 952 Abs. 2 BGB.). An die vorstehende Auslegung des Vertrags ist der RFH. bei der beschränkten Natur der RBeschw. (§§ 288, 296 RAbgO.) gebunden. Der in der RBeschw. hervorgehobene Umstand, daß es sich im vorl. Falle um die Verpfändung einer Eigentümergrundschuld handelt, und der Hinweis des BeschwF., daß nach der sog. „Wertparzellentheorie" die Eigentümergrundschuld nicht als Recht am fremden Grundstück, sondern als Grundstückseigentum anzusehen sei, und daß demgemäß der Erwerber eines Pfandrechts an einer Eigentümergrundschuld in Wirklichkeit ein unmittelbares Pfandrecht an einem Grundstück erlange, ist nicht geeignet, den BeschwF. als Realgläubiger i. S. des § 14 Abs. 1 erscheinen zu lassen. Allerdings ist der Erwerber eines Pfandrechts an einer Eigentümergrundschuld, wie die RBeschw. zutreffend bemerkt, nicht genötigt, zu seiner Befriedigung nach §§ 1291, 1282 Abs. 2, 1277 BGB. die verpfändete Grundschuld versteigern zu lassen; er kann vielmehr nach §§ 1291, 1282 Abs. 1 BGB. auch die Grundschuld einziehen und zu diesem Zwecke nach Verschaffung eines vollstreckbaren Titels das Grundstück selbst zur Versteigerung bringen. Ganz dieselben Befugnisse hat aber auch der Erwerber eines Pfandrechts an einer gewöhnlichen Grundschuld, so daß in dieser Beziehung keinerlei Unterschied besteht, der dazu berechtigen könnte, den Erwerber des Pfandrechts an einer Eigentümergrundschuld als Realgläubiger i. S. des § 14 Abs. 1 anzusehen. Im übrigen ist aber auch bei Güthe-Triebel, GBO., an der vom BeschwF. angezogenen Stelle (A. 14 zu § 40) anerkannt, daß bei einer Eigentümerhypothek der Eigentümer, wenn er auch kraft seines Eigentumsrechts zu Verfügungen über die Hypothek berechtigt ist, doch nach dem Wortlaut des BGB. (§§ 1163, 1168, 1170) der Hypothekeninhaber ist.

Aber auch die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 ist vom FinGer. mit Recht verneint worden. Die gegenteilige Auffassung der RBeschw. findet auch in dem von ihr angezogenen Urt. des RFH. II A 464/32 v. 19. Okt. 1932 (RFH. 32, 45) keine Stütze. Allerdings hat der Senat schon mehrfach anerkannt, daß die Wortfassung des § 14 Abs. 2 insofern ungenau ist, als dort von den im Abs. 1 genannten „Schuldverhältnissen" die Rede ist, während tatsächlich im Abs. 1 überhaupt keine Schuldverhältnisse im eigentlichen Sinne, sondern dingliche Rechte (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld und Reallast) aufgeführt sind, die ausschließlich dem Sachenrecht angehören und von denen nur der Hypothek eine persönliche Forderung zugrunde liegt. Daraus hat der Senat in seinem Urt. II A 129/32 v. 26. April 1932 (RFH. 31, 74) den Schluß gezogen, daß der Gesetzgeber in § 14 Abs. 2 auch an bürgschaftsähnliche Verhältnisse gedacht hat, und daß demgemäß auch die Übernahme der Gewähr für die Sicherheit einer Hypothek (oder eines der anderen in § 14 Abs. 1 bezeichneten dinglichen Rechte) einer Bürgschaft i. S. des § 14 Abs. 2 gleichzustellen ist. Unter Hinweis auf dieses Urt. hat der Senat ferner in der obenbezeichneten Entsch. v. 19. Okt. 1932 den § 14 Abs. 2 auch dann für anwendbar erklärt, wenn die Bürgschaft sich auf solche persönlichen Forderungen bezieht, zu deren Sicherung für den Gläubiger auf dem versteigerten Grundstück eine (rechtlich von solchen Forderungen unabhängige) Grundschuld eingetragen worden war, obgleich eine solche Grundschuld bei Zahlung der Forderung durch den Bürgen nicht kraft Gesetzes nach §§ 1153, 401, 412, 774 BGB. auf den Bürgen übergeht. Aber auch hier ist die Steuerfreiheit nur um deswillen anerkannt, weil dem Gläubiger, zu dessen Gunsten die Bürgschaft von dem späteren Ersteher übernommen war, an dem Grundstück ein dingliches Recht der im Abs. 1 bezeichneten Art zustand, zu dessen Rettung der Bürge auf das Grundstück geboten hatte. Im vorl. Falle ist diese Voraussetzung der Steuerbegünstigung nicht erfüllt. Wer dagegen für eine persönliche Schuld des Grundstückseigentümers, die nicht durch eines der in § 14 Abs. 1 genannten dinglichen Rechte für den Gläubiger gesichert ist, sich verbürgt, kann nach ständiger Rspr. des RFH. auf die Steuervergünstigung aus § 14 Abs. 2 keinesfalls Anspruch machen. Ob ihm in solchem Falle die Steuervergünstigung des § 14 dann zusteht, wenn er, wie im vorl. Falle der BeschwF., von vornherein wegen der nach § 774 BGB. auf ihn übergehenden persönlichen Forderung des Gläubigers sich selbst ein dingliches Recht an dem Grundstück hat einräumen lassen, ist nicht nach § 14 Abs. 2, sondern nach § 14 Abs. 1 zu beurteilen (vgl. RFH. II A 315/33 v. 2. Febr. 1934). Daß auch die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 im vorl. Falle nicht erfüllt sind, ist oben bereits dargelegt worden.

(RFH., Urt. v. 29. Juli 1934, II A 398/33.)

*

10. §§ 10, 12 Abs. 3, 14 VermStG. 1931. Wird eine Ehe geschieden, so wird dadurch für den Hauptveranlagungszeitraum die Vermögensteuerpflicht der gemäß § 10 VermStG. zusammen veranlagten Ehegatten nicht berührt.

Der BeschwF. ist zusammen mit seiner Ehefrau für den Hauptveranlagungszeitraum v. 1. Jan. 1931 bis zum 31. März 1935 nach einem Vermögen von 82 437 RM zu einer Jahressteuer von 412 RM veranlagt worden. Er begehrt Neuveranlagung auf den 1. Jan. 1933 mit Rücksicht darauf, daß seine Ehe durch rechtskräftiges Urt. des LG. v. 17. Juli 1932 geschieden sei, auch der Besitz und die Nutznießung des Vermögens, das sich um mehr als die Hälfte vermindert habe, allein seiner geschiedenen Frau zugestanden habe.

Die Vorbehörden haben die Neuveranlagung abgelehnt.

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

Der RFH. hat sich wiederholt mit der Frage befaßt, ob die Trennung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten für den Hauptveranlagungszeitraum die Vermögensteuerpflicht des gem. § 10 VermStG. mitveranlagten überlebenden Ehegatten berühre. Er hat das verneint, solange nicht auf Grund der durch den Tod eingetretenen Vermögensänderung eine Neuveranlagung erfolgt sei. In der Begr. der Entsch. v. 16. Febr. 1933, III A 29/33 (RFH. 32, 285 = RStBl. 1933, 218 = Mrozeks Kartei, VermStG. 1931, § 12 Abs. 3 R. 1 u. 2 = StW. 1933 Nr. 325) ist ausgeführt, daß das Vermögensteuerrecht größere Zeiträume — hier 4 bzw. 4½ Jahre — zusammenfasse und zum Zwecke der Vereinfachung Vermögensveränderungen innerhalb dieser Zeiträume nur unter den Voraussetzungen einer Neuveranlagung berücksichtigt wissen wolle. Die Tatsache, daß die Erben des Verstorbenen inzwischen das wirtschaftliche Eigentum an dem nachgelassenen Vermögen erlangt hätten, habe für die Vermögensbesteuerung lediglich dieselbe Bedeutung, wie irgendein sonstiger Abgang des Vermögens während des Hauptveranlagungszeitraums, d. h. sie könne nur zur Neuveranlagung führen, wenn die dafür vorgesehenen Voraussetzungen vorlägen. Diese Ausführungen müssen für den Fall der Trennung der Ehe durch Scheidung entsprechende Anwendung finden. Die Scheidung der Ehe hat also zunächst keine steuerliche Wirkung. Es verbleibt vielmehr für den Rest des Hauptveranlagungszeitraums bei der ursprünglichen Veranlagung, und dem Reich gegenüber haftet jeder der beiden geschiedenen Ehegatten für die gesamte Steuerschuld (§ 10 VermStG.). Den Ehegatten ist es überlassen, sich im Verhältnis zueinander über die Verteilung der Steuerschuld auseinanderzusetzen (§ 17 VermStG.). Ob und unter welchen Voraussetzungen die Ehescheidung zu einer Neuveranlagung führen kann, braucht nicht untersucht zu werden. Denn eine Neuveranlagung ist auf den 1. Jan. 1932, 1. Jan. 1933 und 1. Jan. 1934 durch § 2 VO. v. 12. Mai 1932 (RGBl. I, 192) durch Kap. V VO. v. 18. März 1933 (RGBl. I, 109) und durch das Ges. v. 13. Jan. 1934 (RGBl. I, 25) ausgeschlossen. Danach besteht zur Zeit keine gesetzliche Möglichkeit, die ursprüngliche Veranlagung des Beschwf. zur Vermögensteuer zu ändern. Der Entsch. der Vorbehörde war daher in allen Punkten beizutreten, und die Rechtsbeschwerde mußte als unbegründet zurückgewiesen werden.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 19. Juli 1934, III A 44/34.)

*

11. § 2 Nr. 8 UmsStG. 1932 (§ 2 Nr. 4a UmsStG. 1926). Wenn ein Großgrundbesitzer eine größere Anzahl von Parzellen zur Sanierung seines Betriebs verkauft, so ist

---

gewährt oder versagt wird. In Einzelfällen wäre eine weitherzige Auslegung wohl zulässig und zweckmäßig gewesen (vgl. JW. 1934, 3083). Im wesentlichen aber muß anerkannt werden, daß die höchstrichterliche Rspr. aus der Fassung des Gesetzes für die praktische Anwendung gemacht hat, was eben zu machen war.

Ein besonders unbehagliches Kapitel ist hierbei die Tatsache, daß die ratio legis den unfreiwilligen Erwerb desjenigen begünstigen will, der ein Grundstück, das er sonst gar nicht haben will, nur zur Rettung nun einmal bestehender Rechte übernehmen muß. Der Gesetzgeber hätte hier wohl mit einer allgemeinen Fassung dem Volksempfinden von Steuergerechtigkeit am besten entsprochen und die praktische Abgrenzung getrost der Rspr. überlassen dürfen. Er hat dies aber nun einmal nicht getan und die begünstigte Rechtsstellung auf den Besitz von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden oder Reallasten beschränkt und weiterhin nur noch auf Bürgen ausgedehnt. Hier blieb, wollte die höchstrichterliche Rspr. sich nicht geradezu gegen das Gesetz ins Uferlose verlieren, nur ein verhältnismäßig sehr enger Raum für die Auslegung. Man wird sich hiermit und demgemäß auch mit dem Ergebnis der vorliegend besprochenen Entsch. abfinden müssen. Bezeichnend ist dieser Fall für die Krampfhaftigkeit, mit welcher der Verkehr sich abquält, in den kühnsten Konstruktionen den Sachverhalt in den engen gesetzlichen Rahmen hineinzupressen. Das Urt. hat es mit Recht abgelehnt, dem BeschwF. auf diesem Wege zu folgen. Für den Gesetzgeber bietet sich mit der Änderung des § 14 eine dankbare Aufgabe zum Fortschreiten auf dem für andere Steuergebiete mit bestem Glück bereits beschrittenen Wege, das Gesetz mit dem Rechtsempfinden des Volkes in Einklang zu bringen.

RA. Dr. Bergschmidt, Berlin.

hierin noch nicht ohne weiteres ein auf Veräußerung von Grundstücken gerichtetes Unternehmen zu erblicken.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 3. Aug. 1934, V A 471/33.)

*

12. § 7 Abs. 2 UmsStG. 1932; § 39 (§ 37b a. F.) DurchfBest. z. UmsStG. Die Befreiung des Zwischenhandels von der Umsatzsteuer ist beim Mangel des vorgeschriebenen Buchnachweises der sachlichen Voraussetzungen zu versagen, selbst wenn deren tatsächliches Vorliegen nicht zu bezweifeln ist. Eine den Besonderheiten des Betriebs angepaßte Änderung der Richtlinien für den Buchnachweis muß der Pflichtige vor Vornahme der Umsätze, für die er Steuerfreiheit begehrt, beim FinA. erwirken.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 20. Aug. 1934, V A 98/34 S.)

*

13. § 39 DurchfBest. z. UmsStG. 1926 (§ 40a i. d. Fass. v. 28. Nov. 1932 [RGBl. I, 536]). Die Steuerbegünstigung nach § 39 DurchfBest. z. UmsStG. 1926 (§ 40a i. d. Fass. v. 28. Nov. 1932 [RGBl. I, 536]) hat die Innehaltung von Buchführungsvorschriften nicht zur Voraussetzung.

Die beschwerdeführende Landwirtschaftliche Bezugs- und Absatzgenossenschaft bezog Saatgut, Futter- und Düngemittel und Brennstoffe und lieferte diese Waren auf Grund Vorverkaufs an Landwirte. Die Waren wurden zum Teil an die Empfänger abgegeben, ohne das Lager der beschwerdeführenden Genossenschaft zu berühren, zum andern Teil wurden sie von der Genossenschaft auf Lager genommen, nämlich dann, wenn der Abnehmer keinen Raum zum Lagern besaß oder die Waren erst später brauchte. Für einen Teil der Waren steht erster Umsatz nach der Einfuhr (oder nach der verlängerten Einfuhr) in Frage.

Das FinGer. hat eine Umsatzsteuerbefreiung für die Zeit vom 1. Jan. bis 30. Juni 1932 mit folgender Begr. versagt: § 39 DurchfBest. z. UmsStG. 1926 könne nicht angewandt werden, weil die Waren nicht nur an die bei der Bestellung beteiligten Landwirte ausgesondert, sondern zum Teil auf Lager genommen und von hier aus an die Beteiligten abgegeben worden seien. Für eine Befreiung nach §§ 7 oder 2 Nr. 1b UmsStG. 1926 fehle es an der Innehaltung der Buchführungsvorschriften.

Die RBeschw. der Genossenschaft führt zur Aufhebung des BU.

Soweit es sich um die Lieferung von Saatgut, Futter- und Düngemitteln handelt, ist zu untersuchen, ob § 39 DurchfBest. z. UmsStG. 1926 anzuwenden ist. Diese Vorschrift ist entstanden als § 7 des Art. II der mit Zustimmung des Reichsrats ergangenen VO. über Vergünstigungen bei der Körperschaftsteuer und Umsatzsteuer vom 16. Jan. 1925 (RGBl. I, 4). Sie beruht, wie der erk. Sen. in seiner Entsch. RFH. 21, 136 ausgesprochen hat, auf § 108 Abs. 2 RAbgO. a. F. Die Vorschrift ist sodann in die DurchfBest. vom 25. Juni 1926 (RGBl. I, 323) als § 39 übernommen worden und steht hier im Abschnitt „Zu § 7 des Gesetzes". (Nach § 1 Nr. 1 VO. v. 28. Nov. 1932 [RGBl. I, 536] trägt sie nunmehr die Paragraphennummer 40a.) Ihre Rechtsgrundlage bildete nach wie vor § 108 Abs. 2 RAbgO. a. F., späterhin § 13 RAbgO. n. F.

Nach diesem § 39 DurchfBest. ist bei Sammelsendungen von Saatgut usw. für Landwirte der Zwischenhändler berechtigt, statt des Entgelts nur die Vermittlungsgebühr zu versteuern, wenn sich seine Tätigkeit „auf die bloße Aussonderung aus der Sammelsendung an die bei der Bestellung beteiligten Landwirte beschränkt", also wenn er die Zwischenhandelsware nur befördert und — was zur Beförderung gehört — verteilt.

Die Entsch. des GrSen. d. RFH. 22, 239 zu § 7 UmstSG. 1926 hatte zur Folge, daß unter der eben genannten Voraussetzung (unter der Voraussetzung nämlich, daß der Zwischenhändler die Ware nur zum Zwecke der Beförderung in Besitz nimmt), jeder Zwischenhändler umsatzsteuerfrei ist. Das ist eine weitergehende Steuervergünstigung als die des § 39 DurchfBest., wo die Steuerpflichtigkeit nicht verneint, sondern auf die Vermittlungsgebühr beschränkt ist. Da der Zweck der Vorschrift in § 39 DurchfBest. der einer Begünstigung der Landwirtschaft war, kam die Praxis mit Recht zu der Auffassung, diese Sondervorschrift sei dadurch gegenstandslos geworden, daß die Anwendung der allgemein geltenden Vorschrift in § 7 Abs. 1 UmsStG. 1926 zu einer noch weitergehenden Begünstigung der Landwirtschaft führte (vgl. Popitz, UmsStG., 3. Aufl., S. 734, Anm. XI 2 zu § 7). Das änderte sich, als die VO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517. 581) im 3. Teil Kap. V § 1 Nr. 3 die Ergänzung des § 7 UmsStG. 1926 durch einen neueingefügten Abs. 2 brachte. Die allgemeine Befreiung der Zwischenhändler ist dadurch an zwei neue Voraussetzungen geknüpft worden: daß die Lieferungen im Großhandel erfolgen, und daß bestimmte Buchführungsvorschriften eingehalten werden. Die erste dieser beiden Voraussetzungen hat für unsere Erörterung keine Bedeutung; denn die Lieferung von Saatgut usw. an Landwirte wird stets „im Großhandel", so wie die DurchfBest. diesen Begriff erläutern, stattfinden. Der gegenstandslos gewordene § 39 DurchfBest., der inzwischen nicht aufgehoben worden war, wohl aber in die bereits erwähnte Neufassung v. 28. Nov. 1932 wieder aufgenommen worden ist, gewann aber insofern wieder Bedeutung, als er seine Steuerbegünstigung nicht von Buchführungsvoraussetzungen abhängig macht. Die neueingefügte Vorschrift in § 7 Abs. 2 UmsStG. gilt für die in § 39 DurchfBest. begünstigten Lieferungen nicht; denn § 7 Abs. 2 knüpft nur die „Steuerfreiheit nach Abs. 1" an die Bedingung der Innehaltung von Buchführungsvorschriften, nicht aber die Steuerbegünstigung nach § 39 DurchfBest., die weder eine „Steuerfreiheit" ist noch auf „Abs. 1" des § 7 beruht.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß seit der Neueinfügung des Abs. 2 in den § 7 UmsStG. die Lieferungen i. S. des § 39 DurchfBest. einerseits nach § 7 UmsStG. frei sind, soweit die dortigen Voraussetzungen erfüllt sind, andererseits nur mit der Vermittlungsgebühr zur Umsatzsteuer herangezogen werden dürfen, soweit den Voraussetzungen in § 7 UmsStG. nicht genügt ist.

Das FinGer. wendet im vorl. Falle den § 39 DurchfBest. deshalb nicht an, weil die beschwf. Genossenschaft die Ware nicht nur an die bei der Bestellung beteiligten Landwirte ausgesondert, sondern zum Teil auf Lager genommen und von hier aus an die Beteiligten abgegeben habe. Diese Auslegung des § 39 DurchfBest. enthält in zweifacher Hinsicht einen Rechtsirrtum. Erstens: Wenn der Zwischenhändler die Ware etwa nur zum Zwecke der Aussonderung an die Abnehmer auf sein Lager bringt, so steht das der Anwendung des § 39 DurchfBest. nicht entgegen. Zweitens: Es ist allerdings richtig, daß die Steuerbegünstigung nicht mehr Platz greift, wenn der Zwischenhändler seine Tätigkeit nicht auf die Aussonderung der Ware an die Beteiligten beschränkt, sondern sie auf Lager nimmt, um sie in einer aus dem Rahmen der „Aussonderung" herausfallenden Weise für den Kunden zu verwahren. Noch weniger kann von einer Steuerbegünstigung die Rede sein für Waren, die der Zwischenhändler etwa über die Vorbestellungen hinaus einkauft und bis zu einer Verkaufsgelegenheit auf Lager hält. Die Steuerbegünstigung entfällt in solchen Fällen aber nur hinsichtlich der so behandelten Warenmengen; die nach § 39 DurchfBest. behandelten Teilmengen einer Sammelsendung bleiben begünstigt.

Dies hat das FinGer. verkannt. Wegen dieses Rechtsirrtums ist das BU. aufzuheben. Die nicht spruchreife Sache ist an das FinGer. zurückzuverweisen. Bei der erneuten Prüfung wird das FinGer. außer dem Gesagten folgendes zu beachten haben:

1. Soweit die beschwf. Genossenschaft mit Brennstoffen gehandelt hat, schlägt § 39 DurchfBest. nicht ein.

2. Bei den Erörterungen der Vorbehörden ist auch die Frage aufgetaucht, wie die Lieferungen der beschwf. Genossenschaft zu behandeln seien, bei denen erster Umsatz nach der Einfuhr (oder nach der verlängerten Einfuhr) in Betracht kommt. Diese Frage wird bei der oben gegebenen Auslegung des § 39 DurchfBest. für den vorl. Fall möglicherweise erneut Bedeutung gewinnen. In dieser Hinsicht ist davon auszugehen, daß § 39 DurchfBest. nach seiner Stellung im Abschnitt „Zu § 7 des Gesetzes" nur solche Tatbestände begünstigt, die ohnedies unter § 7 UmsStG. fallen würden, nicht aber auch Tatbestände, die nach § 2 Nr. 1b UmsStG. 1926 (§ 2 Nr. 3 UmsStG. 1932) zu beurteilen sind.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 6. Juli 1934, V A 620/33 S.)

*

14. §§ 218, 234 RAbgO. Wird ein Veranlagungsbescheid durch einen neu ergangenen oder geänderten Bescheid nach § 218 RAbgO. geändert, so kann der Steuerpflichtige im Rahmen des § 234 RAbgO. den neuen Bescheid selbständig anfechten, soweit die Änderung reicht, auch wenn die ursprüngliche Veranlagung bereits rechtskräftig war.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 12. Sept. 1934, VI A 304, 305/33.)

*

15. §§ 320 Abs. 4, 265 Abs. 1, 286 Abs. 1 RAbgO. 1931. Die Hinausschiebung der nächsten Einheitsbewertung auf den 1. Jan. 1935 bietet keinen Anlaß, den Satz von 1 v. H. für die Bemessung des Streitwerts in Einheitswertsachen zu ändern.

Streitig ist der Einheitswert eines Grundstücks. Der streitige Wertbetrag beläuft sich auf 42 500 *RM*, der Streitwert beträgt daher nach dem Urt. des RFH. v. 17. Dez. 1931, III A 864/31: RFH. 30, 80 = StW. 1932 Nr. 233 = RStBl. 1932, 228 = Mrozek, RAbgO. 1931, § 265 R. 4 1 % = 425 *RM*, also weniger als 500 *RM*. Der BeschwF. beantragt, gleichwohl die RBeschw. für zulässig zu erklären. Nach dem genannten Urt. solle der Satz von 1 % nur „bis auf weiteres" gelten. Inzwischen hätten sich die Verhältnisse aber wesentlich geändert. Damals sei die Grenze für für die Zulässigkeit der RBeschw. ein Streitwert von 200 *RM* gewesen, heute sei es ein Streitwert von 500 *RM*; damals sei der Einheitswert als Grundlage der Besteuerung für drei Jahre gedacht, heute seien es vier Jahre. Unter diesen Umständen sei ein

Satz von 1½% angemessen, woraus sich im vorl. Falle ein Streitwert von 637,50 *RM* ergäbe.

Dem Antrag des BeschwF. auf Erhöhung des Streitwerts kann nicht entsprochen werden. Wenn auch der Streitwert nach freiem Ermessen zu bestimmen ist (§ 320 Abs. 4 RAbgO. 1931), so sind doch zur Wahrung der Einheitlichkeit gewisse Richtlinien erforderlich, nach denen bei Ermittlung des Streitwerts zu verfahren ist (vgl. Becker: StW. 1932 Sp. 373 ff., und Seweloh, Sp. 697 ff.). Es liegt auf der Hand, daß derartige Richtlinien nur dann einen praktischen Wert haben, wenn sie für längere Zeit bestehen bleiben und nicht ohne zwingenden Grund geändert werden. Allerdings hat der RFH. erklärt, daß der Satz von 1% nur „bis auf weiteres" gelte; damit sollte die Möglichkeit offen gelassen werden, den Satz anderweit zu bestimmen, falls sich die zugrunde liegenden Verhältnisse wesentlich ändern sollten. Eine solche Änderung ist bisher nicht eingetreten. Die Höhe der Beschwerdesumme hat mit der Berechnung des Streitwerts überhaupt nichts zu tun; würde infolge der Heraufsetzung der Beschwerdesumme auch der Streitwert allgemein erhöht werden, so würde damit diese gesetzliche Maßnahme in ihrer Wirkung beeinträchtigt und insoweit die Absicht des Gesetzgebers, den RFH. zu entlasten, durchkreuzt werden. Ebensowenig kann die Hinausschiebung der nächsten Einheitsbewertung bis zum 1. Jan. 1935 (vgl. Erl. des RFM. v. 26. Sept. 1933, S 3300 — 180 III [RStBl. 1933, 961] und VO. über die Hinausschiebung der nächsten Hauptfeststellung für die Einheitswerte des Betriebsvermögens v. 4. Jan. 1934 [RGBl. I, 26]) einen Anlaß bieten, den Satz von 1% zu ändern. Nach § 22 Abs. 1 RBewG. 1931 beträgt der Hauptfeststellungszeitraum für Grundbesitz sechs Jahre und für gewerbliches Betriebsvermögen drei Jahre. Zwar hatte der RFM. im Erl. v. 6. Juli 1931, S 3300 — 29 III (unter A, I, 1) eine Verkürzung des Hauptfeststellungszeitraums für Grundbesitz in Aussicht gestellt, doch galt nach dem Gesetz die Einheitsbewertung von Grundbesitz zunächst für sechs Jahre. Trotz dieser Verschiedenheit hat der RFH. für Grundbesitz und Betriebsvermögen einen einheitlichen Satz aufgestellt. Hieraus ergibt sich, daß der RFH. kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt hat, ob der Hauptfeststellungszeitraum ein Jahr länger oder kürzer ist, wie auch der Streitwert im Einzelfall nicht davon abhängt, ob der Einheitswert den Sachsteuern der Länder und Gemeinden zugrunde gelegt wird, und ob der gewerbliche Betrieb der Aufbringungspflicht unterliegt. Es handelt sich eben um einen ganz roh bemessenen Satz, der lediglich auf der allgemeinen Erwägung beruht, daß der Einheitswert für eine Reihe von Jahren und für mehrere Steuern maßgebend ist. Übrigens ist im vorl. Falle die Bewertung von Grundbesitz streitig, und für diesen ist nicht mit einer Verlängerung, sondern allenfalls mit einer Verkürzung des gesetzlichen Hauptfeststellungszeitraums zu rechnen. Nach alledem besteht einstweilen kein Grund, den Satz von 1% für die Berechnung des Streitwerts in Einheitswertsachen zu ändern. Infolgedessen war die RBeschw. als unzulässig zu verwerfen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 14. Juni 1934, III A 168/34.)

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen" abgedruckt.]

1. §§ 5, 20 WbzG. Die Bezeichnung „Metrawatt" für elektrische Meßgeräte stimmt zeichenrechtlich mit „Matra" überein.

Das angemeldete, für „elektrische Meßinstrumente" allgemein und mehrere elektrische Sondermeßgeräte bestimmte Zeichen lautet „Metrawatt", das für „Meßinstrumente" allgemein und für Schiebelehren, Mikrometer und Wasserwaagen im besonderen eingetragene Widerspruchszeichen 274 318 heißt „Matra".

Bei der Prüfung der Verwechslungsfrage ist davon auszugehen, daß die Endsilbe des angemeldeten Zeichens „watt" für Waren der angemeldeten Art selbständiger Schutzkraft entbehrt, da sie in der Elektrotechnik die allgemein übliche, weitesten Abnehmerkreisen geläufige Bezeichnung für die Einheit der elektrischen Arbeit ist. Infolgedessen ist der Wortstamm „Metra" der einzige unterscheidungskräftige Bestandteil. Dieser aber unterscheidet sich vom Gegenzeichen nur unwesentlich in einem einzigen Buchstaben, und damit ist Verwechslungen der beiden Zeichen durch die Käufer Tür und Tor geöffnet, dies um so mehr, als die Bezieher elektrischer Meßinstrumente in der Regel Fachleute sein dürften, die als solche der Endung „watt" noch weniger Beachtung schenken werden als ein Kunde, der auf dem Sondergebiet der elektrischen Meßtechnik Laie ist. Der von der Anmelderin in ihrer BeschwBegr. angezogene Fall einer Verneinung der Verwechselbarkeit von „Metro" und „Metropol" lag wesentlich anders, da diese beiden Worte grundverschiedene Begriffe verkörpern. Ebenso verfehlt ist die in der mündlichen Verhandlung erfolgte Ber. der Anmelderin auf die Entsch. der BeschwAbt. v. 19. Sept. 1933 und 1. Febr. 1934, in denen sie die Bezeichnungen „Orso" und „Orsuma" (V. 14 549/14 Wz.) sowie „Diskus" und „Diskona" (I. R. 82 464/14 Wz.: Mitt. des Verb. Deutscher Patentanwälte 1934, 112) für nicht übereinstimmend erachtet hat. Denn im Gegensatz zum angemeldeten Zeichen „Metrawatt" ist die Endsilbe der Wortprägung „Orsuma" selbständig schutzfähig, und „Diskus" ist im heutigen Zeitalter der Leibesübungen ein Begriff geworden, der der breiten Masse der Käufer wohl vertraut ist und deshalb besonders gut in ihrem Gedächtnis haften wird.

Mit Recht hat daher der angefochtene Beschl. die Zeichenübereinstimmung i. S. der §§ 20, 5 WbzG. bejaht.

(RPatA., BeschwAbt., 12. Sen., Entsch. v. 10. Okt. 1934, G 37188/22b Wz.) [Bd.]

*

** **2.** §§ 15, 16, 19 Abs. 4, 27 PatG. Eine Beschwerde gegen die Ablehnung eines Antrags auf Verzögerung der Drucklegung der Patentschrift ist unzulässig.

Wenn auch die Prüfungsstelle den angefochtenen Bescheid als einen mit der Beschw. anfechtbaren „Beschluß" bezeichnet hat, so liegt doch ein Beschluß i. S. des § 15 PatG., der mit der Beschw. aus § 16 dieses Gesetzes angegriffen werden könnte, nicht vor. Durch den Bescheid ist der Antrag des Patentinhabers auf weitere Verzögerung der Drucklegung der Patentschrift ... abgelehnt worden. Eine Aussetzung der Veröffentlichung der Beschreibungen und Zeichnungen erteilter Patente ist im PatG. nirgends vorgesehen. Durch §§ 19 Abs. 4 und 27 PatG. sind diese Maßnahmen schlechthin vorgeschrieben, und demgemäß hat sie grundsätzlich im ordnungsmäßigen Geschäftsgange nach der Patenterteilung zu erfolgen. Dem abgelehnten Aussetzungsantrage gebricht es demnach einer gesetzlichen Grundlage, und demzufolge kann der Patentinhaber durch die Ablehnung rechtlich nicht beschwert sein. Die Beschw. gegen die Ablehnung der Aussetzung der Drucklegung der Patentschrift ist daher unzulässig (vgl. Entsch. der BeschwAbt. v. 21. April 1922: PatMustZeichBl. 1922, 60).

(RPatA., 13. BeschwSen., Entsch. v. 11. Juli 1934, 24a M 14/30 B 202/34.) [Dr. G.]

Reichsversorgungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

1. Die Vorschr. des § 62 RVersorgG. bezieht sich nicht nur auf Beamte, sondern auf das „Einkommen" schlechthin, also auch auf Lohn und Gehalt eines Arbeiters oder Angestellten. Handelt es sich um feste, d. h. in den einzelnen Monaten gleichbleibende Einkünfte, die sich aber nicht über ein ganzes Jahr erstrecken, so hat eine Regelung entsprechend der tatsächlichen Dauer des Beschäftigungsverhältnisses stattzufinden — es sei denn, daß nur eine vorübergehende Beschäftigung von kürzerer Dauer in Stellen des öffentlichen Dienstes vorliegt; bei festen (selbstverständlich auch dauernd festen) Einkünften bildet also die monatliche Verrechnung die Regel.

(RVersorgGer., Entsch. v. 10. Okt. 1934, M Nr. 29583/31, 4.)

*

2. Ein kriegsbeschädigter Hauswart, der zur Erledigung seiner Hauswartsarbeiten Familienangehörige mitbeschäftigen muß, ist berechtigt, bei Regelung seiner Rente Absetzung des auf die Angehörigen entfallenden Einkommensteuerteiles zu verlangen.

(RVersorgGer., Entsch. v. 6. Sept. 1934, M Nr. 5219/32, 12.)

*

3. Aus der Tatsache, daß der Rekurs in den in § 92 VerfG. genannten Fällen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, ergibt sich, daß er im übrigen grundsätzlich ausgeschlossen ist, also auch dann, wenn die Entscheidung der Vorinstanz aus irgendeinem Grunde materiell unrichtig ist. Lediglich dann, wenn das VersorgGer. über eine Frage entschieden hat, die seiner Gerichtsbarkeit, d. h. dem Rechtszuge vor den Spruchbehörden der Reichsversorgung nicht unterliegt, ist nach der ständigen Rechtsprechung des RVersorgGer. (vgl. E. VII 274, VIII 83, IX 101, X 70, 151, 153) die Zulässigkeit des Rekurses schlechthin gegeben.

(RVersorgGer., Entsch. v. 16. Okt. 1934, M Nr. 5381/33, 4.)

Reichswirtschaftsgericht

1. § 2 StraffreihG. findet keine Anwendung auf Ordnungsstrafen des RWiG. nach § 39 DevVO.

Es war zunächst zu prüfen, ob etwa das Verfahren auf Grund des § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) einzustellen war. § 2 bestimmt u. a. in Abs. 1: „Anhängige Verfahren wegen Zuwiderhandlungen, die vor dem 2. Aug. 1934 begangen sind, werden eingestellt, wenn keine höhere Strafe oder Gesamtstrafe als Geldstrafe bis zu 1000 *RM* oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten, allein oder nebeneinander, zu erwarten ist, sofern der Täter bei der Begehung der Tat nicht oder nur mit Geldstrafen oder Freiheitsstrafen von insgesamt höchstens drei Monaten vorbestraft war." Die Frage ist verneint worden.

Die DevVO. v. 23. Mai 1932 enthält zweierlei Strafvorschriften. § 36 bestimmt, daß mit Gefängnis oder gegebenenfalls mit Zuchthaus sowie mit Geldstrafe bestraft wird, wer vorsätzlich eine der in den nachfolgenden Ziff. 1—7 umschriebenen strafbaren Handlungen begeht; § 37 sieht für gewisse Tatbestände Geldstrafen vor. Nach § 39 kann, wenn im Betriebe eines Unternehmens eine nach §§ 36 oder 37 strafbare Handlung begangen wird, gegen den Inhaber oder Leiter, unbeschadet ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, eine Ordnungsstrafe festgesetzt werden.

Die Ordnungsstrafe gehört, wie der Senat grundsätzlich entschieden hat (Urt. v. 31. Mai 1934, 7 S XXIV 32/33), zwar gleichfalls dem Gebiete des Strafzwanges an, nicht des Erfüllungszwanges, und ist als Vergeltung für eine Rechtsverletzung eine Strafe, sie ist aber keine kriminelle Strafe. Schon mit der Wahl des Ausdrucks „Ordnungsstrafe" sollte offenbar ihre Wesensverschiedenheit von den Geldstrafen im kriminellen Strafverfahren, wie sie die §§ 36 und 37 vorsehen, hervorgehoben werden. Ihre Aussonderung aus dem Kriminalstrafrecht ist auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie „unbeschadet der strafrechtlichen Verantwortlichkeit" festgesetzt werden kann. Demgemäß ist für den Fall ihrer Nichtbeitreibung eine Freiheitsstrafe nicht substituiert, eine Strafumwandlung also unzulässig. Ferner sind die mit den kriminellen Strafen befaßten staatlichen Organe, nämlich die StA. und die Strafgerichte mit Instanzenzug, ausgeschaltet, Strafverfolgungsbehörde ist der Präsident des LFinA. als Stelle für Devisenbewirtschaftung, entscheidende Behörde ist das RWiG., und zwar als einzige Instanz, seine Entsch. sind „unanfechtbar". Das Ordnungsstrafverfahren steht auch nicht, wie das kriminelle Strafverfahren, unter dem Legalitätsprinzip, das eine öffentlich-rechtliche Pflicht zum strafrechtlichen Einschreiten bedeutet, sondern unter dem Opportunitätsprinzip, die Ordnungsstrafe „kann" festgesetzt werden, ihre Festsetzung ist also Ermessenssache. Endlich richtet sich das Ordnungsstrafverfahren nicht gegen den Täter, der die nach §§ 36, 37 strafbare Handlung begangen hat, sondern gegen den Inhaber oder Leiter des Unternehmens, der nur die zur Verhütung der strafbaren Handlung erforderliche Sorgfalt nicht nachweislich angewendet hat.

Das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 hat aber ausschließlich Strafen zum Gegenstande, deren Verhängung im kriminellen Strafverfahren erfolgt oder zu erwarten ist. § 2 spricht demgemäß von Geldstrafen oder Freiheitsstrafen, die „allein oder nebeneinander zu erwarten sind", und setzt einen „Täter" voraus, der „bei Begehung der Tat" nicht oder nur in geringem Umfang vorbestraft war. Auf das Ordnungsstrafverfahren des § 39 läßt sich diese Bestimmung daher unmöglich anwenden. Diese Stellungnahme des Senats entspricht der im Komm. von Pfundtner-Neubert, Das neue Strafrecht, Abschn. IIc Nr. 13 S. 1 „Einführung", vertretenen Auffassung, wonach das Ges. v. 7. Aug. 1934 „wie alle früheren Straffreiheitsgesetze nur für kriminelle Strafen gilt".

(RWiG., 7. Sen., Urt. v. 30. Aug. 1934, 7 S XXIV 7/34.)

II. Länder

Oberverwaltungsgerichte

Preußen

Preußisches Oberverwaltungsgericht

1 Zuschläge zur Grundvermögensteuer. VO. d. RFM. v. 18. Mai 1934 (RGBl. I, 395) über den Begriff des Bezugfertigwerdens für die Steuerbefreiung von Wohnungsneubauten. Zum Begriff der „Zumutbarkeit" i. S. vorstehender VO.

Frau L. wurde für ihr Wohnhaus in O. vom Bürgermeister für 1931 zur Gemeindegrundvermögensteuer herangezogen. Unter Ber. auf die Befreiungsvorschr. des § 14 RealsteuersenkungsG. v. 1. Dez. 1930 (Teil 4 Kap. I VO. des RPräs. v. 1. Dez. 1930 [RGBl. I, 582], vgl. DurchfBest. zur Realsteuersenkung im Rechnungsjahre 1931 v. 20. Dez. 1930, § 2 [RGBl. I, 656]) hat sie im Einspruchsverfahren ihre Steuerpflicht ohne Erfolg bestritten. Der mit gleichem Antrag erhobenen Klage wurde stattgegeben. Auf Rev. des beklagten Bürgermeisters wies das OVG. die Sache an die Vorinst. zurück.

Da die von dem ersten Richter über die Anwendbarkeit des § 69 Abs. 3 KommAbgG. gemachten Rechtsausführungen zu Bedenken keinen Anlaß geben und auch von der Rev. nicht angegriffen werden, ist lediglich darüber zu entscheiden, ob das Haus der Kl., wie sie behauptet, erst nach dem 1. April 1931 oder, wie Bekl. meint, schon vor diesem Zeitpunkt bezugsfertig i. S. des RealsteuersenkungsG. geworden ist. Nur in ersterem Falle käme die von Kl. begehrte Befreiung von der Gemeindegrundsteuer in Frage.

Der erste Richter hat sich in Übereinstimmung mit der Rspr. des Gerichtshofs, insbes. auch in einer nicht veröffentlichten Entsch. v. 29. Sept. 1933 (VII. C. 29/33) dahin ausgesprochen, daß es bei Auslegung des Begriffs der Bezugsfertigkeit nicht bloß auf die tatsächliche, sondern auch auf die rechtliche Möglichkeit der Bewohnbarkeit ankommt. Unter Berücksichtigung der für O. maßgebenden BaupolVO., die eine Benutzung von Wohngebäuden vor Aushändigung des Gebrauchsabnahmescheins untersagt, ist er zu dem Ergebnis gekommen, daß das Haus der Kl. erst am 9. Juli 1931, dem Tage der Aushändigung des Scheins, bezugsfertig geworden ist, so daß die Befreiungsvorschr. des RealsteuersenkungsG. zur Anwendung kommen.

Diese Rechtslage hat nun in der Zwischenzeit eine Änderung durch die am 19. Mai 1934 (RGBl. I, 395) veröffentlichte VO. des RFM. über den Begriff des Bezugfertigwerdens für die Steuerbefreiung von Wohnungsneubauten v. 18. Mai 1934 erfahren. Nach § 1 dieser VO. ist i. S. der Vorschr. über die Steuerbefreiung von Wohnungsneubauten ein Wohngebäude dann als bezugsfertig anzusehen, wenn der Bau so weit gefördert ist, daß den zukünftigen Bewohnern des Hauses zugemutet werden kann, das Haus zu beziehen. Die Genehmigung der Baupolizeibehörde zum Beziehen des Hauses ist für die Entsch. über die Steuerbefreiung nicht bindend. Nach § 2 a. a. O. gelten u. a. als Vorschr. über die Steuerbefreiung von Wohnungsneubauten auch die Vorschr. des hier zur Anwendung gelangenden § 14 RealsteuersenkungsG. v. 1. Dez. 1930. Gem. § 3 a. a. O. tritt die VO. an dem auf die Verkündigung folgenden Tage in Kraft. Sie gilt auch rückwirkend für alle noch nicht rechtskräftig erledigten Steuerfälle, in denen die im § 1 geregelte Frage des Bezugfertigwerdens zu entscheiden ist.

Zum Erlaß der VO. war der RFM. gem. § 16 RealsteuersenkungsG. i. Verb. m. § 2 Ges. v. 14. Febr. 1934 über die Aufhebung des Reichsrats (RGBl. I, 89) berechtigt.

Mit Rücksicht auf diese zwingende Vorschr. konnte die von dem ersten Richter ergangene Entsch. nicht aufrechterhalten werden, da sie zu dem jetzigen Rechtszustand in Widerspruch steht. Sie unterlag daher der Aufhebung. Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif. Sie mußte an die Vorinst. zurückverwiesen werden.

Die Entsch., ob das Wohngebäude der Kl. vor oder nach dem 1. April 1931 bezugsfertig geworden ist, ist nunmehr darauf abzustellen, ob der Kl. und den übrigen Bewohnern des Hauses das Beziehen des Gebäudes vor dem 1. April 1931 zugemutet werden konnte. Ob dies der Fall war, ist Tatfrage. In rechtlicher Beziehung muß davon ausgegangen werden, daß es bei der Auslegung des Begriffs der Zumutbarkeit nicht auf die persönlichen Verhältnisse des im Einzelfalle Betroffenen ankommt, der u. U., auch unter Gefährdung von Sicherheit und Gesundheit, jedes Opfer bringt, um im eigenen Hause wohnen zu können. Maßgebend müssen vielmehr die Ansprüche sein, die von jedem billigerweise unter Berücksichtigung der Verkehrssitte an ein neuerbautes, von ihm zu beziehendes Gebäude gestellt werden können.

Die insoweit von beiden Parteien vorl. Angaben sind nicht einheitlich. Fest steht zwar, worauf der Bekl. hinweist, daß Kl. in der Baubeschreibung v. 5. März 1931 angegeben hat, der Neubau sei seit dem 1. Jan. 1931 benutzbar gewesen. Kl. will jedoch diese Angabe, was sie zu beweisen haben wird, irrtümlich gemacht haben; sie will mit der Baubeschreibung nicht Rechtes haben anfangen können und sich den Vordruck von dritter Seite haben ausfüllen lassen. Nach ihrer eigenen Angabe sind zwar ferner ihre Möbel bereits am 5. Nov. 1930 in das im August 1930 begonnene Gebäude geschafft; diese wären jedoch zunächst auf dem Boden verblieben, da sie in den Zimmern noch nicht hätten untergebracht werden können. Sie selber hätte mit ihren Angehörigen während des Winters 1930/31 nur ein notdürftig hergerichtetes Zimmer bezogen, während sie im übrigen einen auf dem Grundstück befindlichen Schuppen weiterbewohnt hätten. Das genannte Gebäude sei somit erst im Mai 1931 bezugsfertig geworden. Diese von dem Bekl. teils bestrittenen, teils nicht zugegebenen Behauptungen sind für die Frage der Bezugsfertigkeit i. S. der Zumutbarkeit erheblich und werden in erster Linie von der Vorinst. geprüft werden müssen.

(PrOVG., 7. Sen., Entsch. v. 6. Juli 1934, VII C 127/33.)

Ber. von SenPräs. von Kries, Berlin.

*

2. WZuwSt. Bedarf es zur Berechnung des steuerbaren Wertzuwachses in Ermangelung eines vereinbarten und feststellbaren Preises der Ermittelung des gemeinen Wertes eines Grundstücks, so ist, auch wenn es sich um die Zeit der Geldentwertung handelt, nicht dessen sogenannter innerer Wert unmittelbar aus dem Vorkriegswert, sondern der Verkaufswert des Grundstücks an dem maßgebenden Stichtage, wenn möglich, aus damals gezahlten Vergleichspreisen für ähnliche Grundstücke, in Papiermark zu ermitteln und alsdann in Goldmark umzurechnen.

Laut notariellen Vertrages v. 16. Nov. 1928 verkaufte die B. AktG. an K. einen Teil des Grundbesitzes, den sie auf Grund des Verschmelzungsvertrages v. 31. Aug. 1920 von der C. AktG. in S. erworben hatte. Anläßlich dieses Veräußerungsgeschäfts zog der Oberbürgermeister von S. die B. AktG. auf Grund der WZuwStO. von S. zur Steuer heran. Nach erfolglos gebliebenem Einspruch stellte der BezAussch. die StPfl. auf ihre Klage von der Steuer frei. Auf Rev. des Bekl. wies das OVG. die Sache an die Vorinst. zurück.

Streitig ist die Berechnung des für die Wertzuwachsermittlung maßgebenden Erwerbspreises. Zutreffend ist die Vorinst. davon ausgegangen, daß im Falle der Übertragung von Grundeigentum im Wege der Verschmelzung zweier Gesellschaften grundsätzlich nicht ohne weiteres der gemeine Wert an Stelle des Preises der Zuwachsermittlung zugrunde gelegt werden darf, sondern zunächst jedenfalls versucht werden muß, die gesamte Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens der einen Gesellschaft auf die andere festzustellen und daraus nach dem Wertverhältnis des Grundbesitzes zum sonstigen Vermögen den auf den Grunderwerb entfallenden Preisteil zu ermitteln (vgl. Urt. v. 16. Mai 1930: R.- u. PrVerwBl. 52, 493, 494). Mit Recht rügt jedoch der Bekl. das Verfahren, das der BezAussch. bei Ermittlung der der Berechnung des maßgebenden Teilerwerbspreises zugrunde gelegten Vermögenswerte angewendet hat. Die Feststellung des Wertes des Gesamtvermögens der C. AktG. unter Zugrundelegung der Aktivseite der Bilanz vom 30. Sept. 1919 war schon deswegen nicht angängig, weil ebenso wie für die Bewertung des ganzen Erwerbspreises auch für die Feststellung des Wertverhältnisses der einzelnen übertragenen Vermögensteile — was auch der BezAussch. nicht verkennt — als Stichtag der 31. Aug. 1920 maßgebend sein muß, an dem der Verschmelzungsvertrag abgeschlossen und von den Generalversammlungen der beteiligten AktG. genehmigt worden ist. Es handelt sich hierbei also nicht, wie in der Vorentsch. ausgeführt, um einen Zeitunterschied von nur „einigen Monaten", sondern um einen solchen von fast einem Jahr. — Wenn ferner die Vorinst. die Verwendbarkeit der Bilanzwerte auf einen Vergleich mit dem etwa gleichzeitigen Kurswert der C. AktG. stützt, so läßt sie hierbei zunächst außer acht, daß das Aktienkapital der Gesellschaft nicht nur nom. 450 000 ℳ, deren Wert sie dem Bilanzwert sämtlicher Aktiven gegenüberstellt, sondern 650 000 ℳ betrug. Im übrigen verkennt sie, daß der Aktienwert nicht dem Werte sämtlicher Aktiven der Gesellschaft, sondern nur diesem Wert abzüglich sämtlicher Passiva entsprechen kann. — Schließlich ist auch die Zugrundelegung der Bilanz bei Ermittlung des Gesamtwertes der Aktiven und des Verhältnisses dieses Wertes zum Wert des Grundbesitzes nicht damit vereinbar, daß der BezAussch. selbst als gemeinen Wert dieses Grundbesitzes einen vom Bilanzwert abweichenden Betrag in Ansatz gebracht hat (vgl. OVG. 86, 155 und Urt. v. 4. März 1932: R.- u. PrVerwBl. 54, 796). Auch in der Art der Ermittlung des gemeinen Wertes des Grundbesitzes kann dem BezAussch. nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß der angewendete Maßstab von 50 % des Friedenswertes nicht näher begründet ist, ist auch grundsätzlich die vom RFH. (RFH. 14, 329 ff.) für das Gebiet der Grunderwerbsteuer gebilligte Ableitung des gemeinen Wertes unmittelbar aus dem Vorkriegswert für das Zuwachssteuerrecht nicht anwendbar. Während die Grunderwerbsteuer gem. § 11 GrErwStG. grundsätzlich vom gemeinen Werte des Grundstücks berechnet wird, kommt für die Wertzuwachssteuer in erster Linie die Feststellung tatsächlich vereinbarter Erwerbs- und Veräußerungspreise in Betracht, aus deren Gegenüberstellung der steuerbare Wertzuwachs ermittelt wird. Ist also ein Preis vereinbart, so ist dieser der Steuerberechnung zugrunde zu legen ohne Rücksicht darauf, ob er dem sog. inneren Wert des Grundstücks entspricht. Ist danach dieser sog. innere Wert im Regelfalle einer Preisvereinbarung bei der Übertragung von Grundbesitz nicht maßgebend, so kann etwas anderes auch dann nicht gelten, wenn in dem Ausnahmefall einer nicht erfolgten oder nicht feststellbaren Preisvereinbarung von dem gemeinen Wert des Grundstücks ausgegangen werden muß. Daraus folgt, daß auch für die bei der Zuwachsbesteuerung einmal notwendig werdende Wertermittlung die Feststellung in erster Linie entscheidend sein muß, welcher Preis für das Grundstück an dem in Frage kommenden Stichtage erzielt worden wäre. Auch hierbei haben Preisbildungen, die unter außergewöhnlichen Umständen erfolgt sind, auszuscheiden. Als außergewöhnlich in dem für die Zuwachsbesteuerung maßgebenden Sinne können aber nur Umstände angesehen werden, welche im Einzelfalle die Preisbildung nach oben oder unten beeinflußt haben. In der Inflation wurde allgemein Grundbesitz zu Preisen veräußert, die dem Realwert bei weitem nicht entsprachen. Dies geschah so regelmäßig, daß eine Veräußerung mit einem anderen Ergebnis kaum als den damaligen Verhältnissen entsprechend angesehen werden könnte. Der Umstand, daß dieses Mißverhältnis zwischen Preis und Wert der Kaufsache damals nicht erkannt wurde, rechtfertigt es nicht, die gesamte Preisbildung in der Inflationszeit als unter außergewöhnlichen Umständen erfolgt zu bezeichnen. In Zuwachssteuersachen ist daher als gemeiner Wert eines Grundstücks, auch wenn es sich um die Zeit der Geldentwertung handelt, der Verkaufswert am maßgebenden Stichtage, wenn irgend möglich aus damals gezahlten Vergleichspreisen für ähnliche Grundstücke, in Papiermark zu ermitteln und alsdann in Goldmark umzurechnen.

(PrOVG., 7. Sen., Entsch. v. 22. Juni 1934, VII C 93/33.)

Ber. von SenPräs. von Kries, Berlin.

C. Ausländische Gerichte

Österreich

Österreichisches Bundesministerium für Handel und Verkehr

1. § 3 Abs. 1 Ziff. 2 MarkenSchG. Für elektrische Rasierapparate ist die Bezeichnung „Dry Shaver" als Marke nicht schutzfähig. Mangelnder Nachweis der Verkehrsgeltung.

Die Bezeichnung „Dry Shaver" ist eine reine Beschaffenheitsangabe und als solche gem. § 3 Abs. 1 Ziff. 2 MarkSchG. von der Eintragung als Marke ausgeschlossen. Die anläßlich der Hinterlegung für den Nachweis der Verkehrsgeltung der Marke i. S. des § 3 Abs. 2 MarkSchG. beigebrachten Belege waren unzureichend. Sie stammten zum überwiegenden Teil aus dem Auslande oder aus der Zeit nach der Eintragung der Marke, sind also für die Beurteilung der inländischen Verkehrsauffassung vor diesem Zeitpunkte ohne Wert. Da aber dem Wort jede Spur eines Phantasiecharakters fehlt und es dem Verkehr nur schwer entbehrlich ist, hätte der Nachweis ein besonders umfangreicher sein und sich auf das ganze Bundesgebiet erstrecken müssen. Ferner ist amtsbekannt, daß die Reklame für diesen Apparat ausschließlich unter der Bezeichnung S. Dry Shaver gemacht wurde, so daß, wie auch die Mehrzahl der bei der Hinterlegung und der später beigebrachten Belege zeigen, die Verkehrsgeltung, wenn überhaupt, so höchstens zugunsten der Firma S. angenommen werden könnte. Gegenüber diesen Einwänden hat der Markenschutzwerber nebst weiteren Belegen seinen Vertrag als Vertreter der Firma S. Dry Shaver Inc. vorgelegt. Dieser Vertrag ist im März 1933 abgeschlossen. Es ist daher an sich schon ganz unwahrscheinlich, daß in der kurzen Zeit bis zur Hinterlegung der Marke (22. Juli 1933) diese sich allgemein durchgesetzt hätte. Dementsprechend sind auch die weiter vorgelegten Belege gänzlich unzureichend. Wieder stammt die Mehrzahl aus der Zeit nach der Hinterlegung der Marke und kann daher nicht gewertet werden. Als brauchbar verbleiben nur neun Zuschriften, davon eine einzige aus Wien, die übrigen aus unbedeutenden Provinzorten, wobei eine (vom 18. Dez. 1932 aus Amstetten) sogar die Bezeichnung Dry shaver ausdrücklich als Beschaffenheitsangabe verwendet. Aus den Landeshauptstädten: Graz, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Feldkirch, Eisenstadt usw. liegt nicht eine verwendbare Bestätigung vor. Es kann daher von einem Nachweis der Verkehrsbekanntheit i. S. des § 3 Abs. 2 MarkSchG. keine Rede sein.

Demgemäß war die Löschung der Marke Nr. 114 191 gem. § 3 Abs. 1 Ziff. 2 MarkSchG. zu verfügen.

(ÖsterrBundMin. f. H. u. V., Bescheid v. 12. Jan. 1934, Am 466/33.) [Bd.]

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II (Fernsprecher: Kurfürst B 1, 3718)
Stellvertreter: Arnold Schley, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig